

LES SOUBRESAITS DE LA RÉFORME SCOLAIRE : LA CONSTITUTIONNALITÉ DE LA LOI 3

Patrice Garant, Jacques Gosselin et Bernard Tremblay

Volume 16, numéro 1, 1985

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1109187ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/19748>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Garant, P., Gosselin, J. & Tremblay, B. (1985). LES SOUBRESAITS DE LA RÉFORME SCOLAIRE : LA CONSTITUTIONNALITÉ DE LA LOI 3. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 16(1), 205–259.
<https://doi.org/10.17118/11143/19748>

Résumé de l'article

L'une des législations les plus considérables adoptées au Québec au XXe siècle, aboutissement d'un processus de réforme ambitieux, vient d'être déclarée inconstitutionnelle par la Cour supérieure. La *Loi 3 sur l'enseignement primaire et secondaire public* viole-t-elle l'article 93 de la Constitution ? La Cour supérieure l'affirme pour deux raisons principales. Premièrement, en ramenant l'aire territoriale des corporations scolaires de Montréal et de Québec à celle de 1867, moment où furent garantis les droits confessionnels, le législateur québécois a brimé les droits des « classes de personnes » protégées par la Constitution; sur ce point le jugement paraît défendable. Par ailleurs, la Cour estime qu'en transposant les commissions scolaires sur l'ensemble du territoire québécois en commissions linguistiques, sous réserve du maintien du droit de dissidence, il y a effectivement suppression de ce droit de dissidence. Nous croyons que c'est là une position inacceptable qui repose sur un certain nombre d'erreurs d'interprétation qui faussent complètement la perspective dans laquelle il faut situer la *Loi 3*.

LES SOUBRESAUTS DE LA RÉFORME SCOLAIRE: LA CONSTITUTIONNALITÉ DE LA LOI 3

par Patrice GARANT*
Jacques GOSSELIN**
Bernard TREMBLAY**

L'une des législations les plus considérables adoptées au Québec au XXe siècle, aboutissement d'un processus de réforme ambitieux, vient d'être déclarée inconstitutionnelle par la Cour supérieure. La Loi 3 sur l'enseignement primaire et secondaire public viole-t-elle l'article 93 de la Constitution? La Cour supérieure l'affirme pour deux raisons principales. Premièrement, en ramenant l'aire territoriale des corporations scolaires de Montréal et de Québec à celle de 1867, moment où furent garantis les droits confessionnels, le législateur québécois a brimé les droits des "classes de personnes" protégées par la Constitution; sur ce point le jugement paraît défendable. Par ailleurs, la Cour estime qu'en transposant les commissions scolaires sur l'ensemble du territoire québécois en commissions linguistiques, sous réserve du maintien du droit de dissidence, il y a effectivement suppression de ce droit de dissidence. Nous croyons que c'est là une position inacceptable qui repose sur un certain nombre d'erreurs d'interprétation qui faussent complètement la perspective dans laquelle il faut situer la Loi 3.

One of the most comprehensive laws adopted in the XX Century Quebec, term of an ambitious reform process, has just been quashed as unconstitutional by the Superior Court. Does Bill 3 on Primary and Secondary Public Education violate section 93 of the constitution? The Superior Court has quashed it for two main reasons. Firstly since Bill 3 shrinks the school territory of metropolitan Quebec and Montreal to its 1867 dimension, it encroaches constitutional rights of "classes of persons" protected by section 93; on that point the judgment is acceptable. On the other hand,

* Directeur, Groupe de recherche en Droit de l'éducation; vice-doyen, Faculté de droit, Université Laval.

** Auxiliaires de recherche, Faculté de droit, Université Laval.

the Court deems that the right to religious dissent in school matters is challenged by the transformation of confessionnal school boards into linguistic and neutral school boards in the rest of the Province. We believe that position is unacceptable because founded on a certain number of misinterpretations that change the perspective in which Bill 3 should stand...

SOMMAIRE

INTRODUCTION	208
1. UNE APPLICATION DISCUTABLE DES PRINCIPES D'INTERPRÉTATION D'UNE CONSTITUTION	211
2. LA QUESTION TERRITORIALE À MONTRÉAL ET À QUÉBEC	213
3. LA SUPPRESSION DU "DROIT DE DISSIDENCE"	217
3.1. Les droits rattachés à l'exercice de la dissidence	218
3.1.1. Le partage des pouvoirs entre les niveaux gouvernemental et local	219
3.1.2. Le financement des institutions	225
3.1.3. Le droit de posséder et de gérer des écoles confessionnelles	229
3.1.4. Le contrôle du personnel enseignant	230
3.1.5. La certification des maîtres	234
3.2. Les "droits acquis" par l'exercice de la dissidence	238
4. LE PRÉJUDICE	244
5. LE RESPECT DES DROITS CONFESIONNELS CONSTITUTIONNALISÉS	245
6. LE SORT DES CORPORATIONS DISSIDENTES DANS L'ÎLE DE MONTRÉAL	250
CONCLUSION	255

INTRODUCTION

L'article 93 de la Constitution est-il devenu un obstacle majeur à toute réforme d'envergure du système scolaire québécois? Cette disposition condamne-t-elle ce système à vivre à l'heure des "coureurs des bois" suivant les propos de certains. C'est ce que nous donne à penser le récent jugement de la Cour supérieure qui déclare inconstitutionnelle dans sa totalité la *Loi sur l'enseignement primaire et secondaire public*¹. C'est la première fois depuis la Confédération qu'une loi d'une telle envergure est en bloc déclarée inconstitutionnelle (655 articles)! Plusieurs experts ou profanes crient haro sur le baudet, cet article 93 de la *Constitution 1867*, qu'on considère comme le garant de droits et privilèges d'une autre époque.

Nous croyons que cet article 93 n'est pas aussi néfaste que plusieurs le pensent et qu'il pourrait encore avoir une signification défendable si on lui donnait une interprétation intelligente, comme on doit le faire lorsqu'il s'agit d'une Constitution: une interprétation qui n'est pas figée dans le temps mais qui s'adapte à l'évolution des idées et des moeurs de chaque époque.

Ce que traduit l'article 93, c'est une double réalité culturelle et politique. D'une part, il fait de la législature provinciale le législateur souverain et exclusif en matière d'éducation. D'autre part, il protège certaines valeurs fondamentales de notre héritage national: il garantit que le système d'éducation public pourra véhiculer des valeurs religieuses. La Constitution garantit, à cette fin, aux "classes de personnes" qui le désireront des écoles confessionnelles.

Les Pères de la Confédération ont pris comme référence ce qui existait à l'époque de l'Union, soit avant le 1^{er} juillet 1867, c'est-à-dire ce qu'avait fait le législateur du Canada-Uni. Ce dernier s'était dit, comme cela apparaît dans la *Loi de 1861*²: il y aura un système d'éducation public financé, réglementé et contrôlé partiellement par le gouvernement (Gouverneur en conseil, Conseil de l'instruction publique, Surintendant de l'Éducation, Bureaux d'examineurs, Inspecteurs...) mais géré par des corpo-

1. L.R.Q., c. E-8.1.

2. S.R. Bas-Canada 1861, c. XV, *Acte concernant l'allocation provinciale en faveur de l'éducation supérieure et les écoles normales et communes*.

rations publiques locales à l'image des corporations municipales (dont effectivement la création est presque contemporaine). Ces "classes de personnes" (les catholiques et les protestants) si elles se retrouvent majoritaires dans une municipalité scolaire donnée (territoire scolaire) se doteront démocratiquement des écoles qui leur conviendront. Tout comme la structure juridique municipale, la corporation scolaire qu'on appellera commission scolaire, n'a pas en vertu de la *Loi de 1861* de caractère confessionnel; mais il pourra y avoir confessionnalité de fait si tel est le voeu de la population.

Par contre, là où "une classe de personnes" se trouve en minorité sur un territoire scolaire donné (municipalité scolaire), la loi a prévu pour elle le "droit de dissidence" c'est-à-dire le droit collectif de se séparer et de créer pour les membres de cette classe une corporation publique qui gèrera une ou des écoles strictement confessionnelles. Les corporations publiques dissidentes auront en principe le même statut, les mêmes pouvoirs et les mêmes droits que les commissions scolaires majoritaires sans compter les droits qui leur sont propres comme dissidentes.

Le législateur pré-confédératif a toutefois considéré que ce système général ne conviendrait pas à Montréal et à Québec pour diverses raisons facilement compréhensibles. Ménageant la chèvre et le chou, il a mis sur pied à Québec et à Montréal des corporations mixtes, majoritaires mais confessionnelles de droit, qui, suivant les termes de la jurisprudence sont "communes et confessionnelles".

La législation scolaire applicable au secteur public général a subi entre 1867 et aujourd'hui de très nombreuses modifications dont certaines ont eu une importance majeure. Elles ont donné lieu au Québec à au moins cinq contestations en matière de confessionnalité.

La première contestation a porté sur une tentative en 1903 d'intégration des juifs au secteur protestant qui fut déclarée en partie inconstitutionnelle par le Conseil privé dans l'arrêt *Hirsch* en 1928³.

La seconde contestation a porté vers les années 50 sur la situation des Témoins de Jéhovah ou plus largement de tous ceux qui ont droit d'accès à l'école commune sans partager "la reli-

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

gion de la majorité” : la Cour d’appel en 1955 a reconnu pour eux le droit de dispense de l’enseignement religieux.

La troisième contestation, dans l’affaire de l’école Notre-Dame-des-Neiges, a porté sur l’applicabilité des dispositions de la *Loi sur le Conseil supérieur de l’Éducation* relativement à la reconnaissance de confessionnalité aux corporations scolaires réputées confessionnelles en vertu de l’article 93 de la Constitution ; la Cour supérieure les a déclarées inapplicables⁴.

La quatrième contestation a porté sur les effets de la réforme de la fiscalité foncière sur les garanties constitutionnelles de l’article 93. La Cour suprême, dans un arrêt de décembre 1984, a déclaré cette réforme de 1978 inconstitutionnelle, mais les défauts reprochés furent vite corrigés par le législateur en juin 1985 par la *Loi 29*⁵.

La cinquième contestation a porté sur la *Loi 3* ou *Loi sur l’enseignement primaire et secondaire public* sanctionnée le 21 décembre 1984. Cette loi opère une réforme d’ensemble du système scolaire. La Cour supérieure dans un jugement du 25 juin 1985 déclare cette loi inconstitutionnelle parce qu’elle viole les garanties conférées par l’article 93 de la Constitution sur deux points. Premièrement en ramenant les limites territoriales des municipalités scolaires de Montréal et de Québec à celles de 1867, la *Loi 3* déroge aux droits conférés par la loi pré-confédérative :

“Considérant que le Tribunal est d’opinion que les limites des Villes de Montréal et de Québec à l’intérieur desquelles les catholiques et les protestants jouissent de droits et privilèges protégés par l’article 93(1) de la Loi constitutionnelle de 1867 sont les limites juridiques desdites Villes de Montréal et de Québec, telles qu’elles ont évolué au cours des ans et telles qu’elles existent au 21 décembre 1984”⁶.

Deuxièmement, la *Loi 3* dans son ensemble affecte de façon préjudiciable le droit de dissidence reconnu par la loi pré-confédérative. Suivant la Cour :

“Tant dans ses objets que dans ses effets (elle) entraîne la suppression et l’impossibilité d’exercice de certains de ses ‘droits et privilèges’ et elle les affecte donc de façon préjudiciable”⁷.

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

5. S.Q. 1925, c. 8.

6. *Quebec Association of Protestant School Boards c. A.G. Quebec*, C.S. Mtl, jugement non rapporté du 25 juin 1985, pp. 105-106 (J. BROSARD).

7. *Id.*, p. 107.

Ce jugement de la Cour supérieure est d'une gravité exceptionnelle car il bloque une réforme d'envergure. Ce texte de 110 pages mérite une étude attentive. Il nous paraît défendable sur un point, la question territoriale, mais fort critiquable sur plusieurs autres beaucoup plus importants. D'abord ce jugement repose à notre avis sur une application discutable sinon déviante des principes qui doivent guider l'interprétation d'une Constitution.

1. UNE APPLICATION DISCUTABLE DES PRINCIPES D'INTERPRÉTATION D'UNE CONSTITUTION

Une Constitution peut devenir un carcan absurde lorsqu'on applique mal les principes d'interprétation dont l'énoncé ne soulève peut-être pas de difficulté. La Cour supérieure rappelle à bon escient le principe fondamental qui doit présider à cette interprétation :

"Elle (une Constitution) doit par conséquent être susceptible d'évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques, historiques que souvent ses auteurs n'ont pas envisagées. Les Tribunaux sont les gardiens de la Constitution et ils doivent tenir compte de ses facteurs..."⁸.

Or l'article 93 de la Constitution renferme, en ce qui nous concerne, deux propositions: premièrement, l'affirmation de la compétence législative exclusive de la législature en matière d'éducation; deuxièmement, la consécration de droits et privilèges définis par la loi à l'époque de l'Union en faveur de toute classe de personnes relativement aux écoles confessionnelles.

Jusqu'ici une jurisprudence quasi unanime a considéré que le premier objet de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* était de conserver la compétence législative la plus large des législatures provinciales en matière d'éducation; le second objet est de reconnaître à titre d'exception, certains droits et privilèges en faveur de certaines catégories de personnes. Ainsi ces droits et privilèges doivent-ils être interprétés restrictivement, comme une exception par rapport à la règle. Le Conseil privé dans des arrêts classiques a toujours réaffirmé cette façon de voir. Dans *Brophy*⁹, le Conseil admet même que cette méthode d'interprétation "reduced within very narrow limits the protection afforded...". Dans

8. *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145.

9. *Brophy c. A.G. Manitoba*, [1895] A.C. 202, 215.

*Mackell*¹⁰, le Conseil réaffirme la plénitude des compétences législatives provinciales "subject to limitations expressed in...". Dans *Tiny*, en 1928, le Conseil réaffirme que "the provincial legislature is supreme in matters of education excepting so far as s. 93... restricts its authority"¹¹. Dans *Hirsch*, en 1928, le Conseil privé réaffirme la plénitude de la compétence législative provinciale "subject *only* to the provision of the section". Enfin, en décembre 1984, la Cour suprême dans l'arrêt *Lavigne*¹² approuvait expressément en les citant ces extraits de l'arrêt *Hirsch*¹³ et notamment celui-ci:

"et je peux difficilement voir comment la législature peut exercer d'une manière efficace le pouvoir qui lui a été conféré si elle n'a pas une grande marge de manoeuvre pour s'adapter aux circonstances et aux besoins nouveaux lorsqu'ils se présentent".

Quant à la portée des privilèges, le Conseil privé dans l'arrêt *Hirsch*¹⁴ met en garde contre la tentation de les étendre au détriment de la Législature, au point de la figer ou de la scléroser. L'article 93...

"does not purport to stereotype the educational system of the province as then existing".

Cet exposé est expressément repris par la Cour suprême en décembre 1984.

Le juge Brossard est à notre avis tombé dans le piège qui consiste à donner une portée tellement extensive à l'exception par rapport à la règle, que la compétence législative devient en quelque sorte résiduaire. Le système d'éducation du Québec repose, selon lui, avant tout sur l'assise de droits et privilèges constitutionnalisés, auxquels il faut donner une interprétation extensive. Le législateur contemporain ne peut alors intervenir que de façon résiduaire pour combler les vides.

Est-ce bien là l'interprétation qu'il faut donner à une Constitution? Alors que la primauté de la compétence législative provinciale en éducation était déjà contenue à l'article 92 alinéa 13 de la Constitution (propriété et droits civils de la province), le

10. *Ottawa Separate School Trustees c. Mackell*, [1927] A.C. 62, 68.

11. *Roman Catholic Separate School Trustees c. The King*, [1928] A.C. 363, 385.

12. *P.G. Quebec c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575, 585.

13. *Supra*, note 3, p. 215.

14. *Ibid.*

constituant de 1867 prend la peine de la repréciser au début de l'article 93 et avec quelle emphase:

“Dans chaque province et pour chaque province la législature pourra exclusivement légiférer sur l'éducation...”.

Les Pères de la Confédération en voulant garantir constitutionnellement certains droits confessionnels étaient, par ailleurs, au fait que l'intention première du législateur dans la *Loi de 1841*, qui restera substantiellement la même dans la version de 1861, était de mettre sur pied un système non confessionnel. C'est en comité parlementaire, à la suite de pétitions venant de divers milieux, que fut ajoutée la clause XI de la *Loi de 1861*. On a alors, suivant Carignan “entrouvert la porte à la confessionnalité scolaire”¹⁵.

2. LA QUESTION TERRITORIALE À MONTRÉAL ET À QUÉBEC

Comme l'avait souligné la Cour suprême dans l'arrêt *Lavigne*, la question de savoir si les annexions post-confédératives aux territoires des villes de Montréal et Québec pouvaient faire naître des droits en faveur de groupes ou de classes de personnes qui n'en bénéficiaient pas en 1867, demeurait ouverte. Dans l'arrêt *Hirsch*, le Conseil privé endossant la réserve de la Cour suprême du Canada s'était contenté de déclarer:

*“The Supreme Court refrained from pronouncing an opinion as to the effect of any such annexation on school rights in the annexed territories, and their Lordships accordingly do not deal with that question, but it is clear that no post-Union annexation of territory could deprive any class of person of the protection afforded to them by s. 93 of the Act of 1867”*¹⁶.

Ce court passage a donné lieu à diverses interprétations dans la doctrine. Selon Houle¹⁷, l'opinion émise par le Conseil privé signifiait que l'autorité compétente pouvait pour des fins scolaires détacher les territoires annexés après 1867 du territoire des corporations confessionnelles de Montréal et Québec à la condition

15. Voir 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, 24.

16. *Supra*, note 3, p. 215.

17. 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. 159.

que la minorité catholique ou protestante concernée puisse retrouver sur le territoire séparé son droit à la dissidence.

En se basant sur l'interprétation du Conseil privé dans l'arrêt *Hirsch*¹⁸ et sur l'article 30 de la *Loi de 1861* qui permettait à l'autorité provinciale de réaménager les municipalités scolaires du Québec en tenant compte de circonstances nouvelles en vue d'une meilleure administration du système scolaire, certains auteurs¹⁹ ont postulé que le gouvernement québécois pouvait valablement modifier les territoires annexés aux villes de Montréal et Québec.

En 1980, le juge Deschênes dans l'arrêt *Clément-Séguin* avait clairement affirmé qu'une école située sur un territoire annexé ou intégré au "réseau de la C.E.C.M." était devenue par le fait même confessionnelle. Selon le juge, il aurait été "sovereinement injuste que les privilèges religieux soient tributaires de frontières artificielles" et que soit établi au sein d'une même population un double régime puisque cela pourrait conduire dans les différents quartiers de la ville, à une "situation étrange et carrément inacceptable" qui serait inéquitable. C'est pourquoi, selon lui, le sens commun "doit tenir compte de la réalité sociale et prévaloir quand ce résultat est juridiquement possible sur une interprétation techniquement et étroitement légaliste"²⁰.

Face à cette situation juridiquement ambiguë, le législateur québécois a, dans la *Loi 3*, favorisé cette interprétation légaliste en confinant les commissions scolaires catholiques et protestantes de Montréal et Québec aux limites qu'avaient les deux cités en 1867. Dans l'optique du gouvernement québécois, les garanties accordées par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne pouvaient jouer que sur les territoires de Montréal et Québec tels qu'ils existaient au moment de l'Union. Déjà lors de la présentation du projet de loi, le critique libéral en matière d'éducation, M. Ryan, avait souligné au ministre de l'Éducation (alors M. Bérubé) l'incertitude qui entourait ce réaménagement²¹.

Faisant sienne l'opinion émise par le juge Deschênes dans l'affaire de l'école Notre-Dame-des-Neiges, le juge Brossard a

18. *Supra*, note 3, p. 215.

19. F. CHEVRETTE, H. MARX, A. TREMBLAY, *Les problèmes constitutionnels posés par la restructuration scolaire de l'île de Montréal*, Centre de recherche en droit public de l'U. de M., Québec, éditeur officiel, 1971, pp. 32-33.

20. *Supra*, note 4, p. 457.

21. *Journal des débats*, 29 nov. 1984, p. 1152.

conclu que pour ce qui était des villes de Montréal et Québec, "les classes de personnes visées à l'article 93(1) ne sauraient être autres que les catholiques et les protestants résidant, en 1984, dans les limites actuelles de Montréal et de Québec, et ce, indépendamment des territoires aujourd'hui desservis par les demanderesse"²². Ce qui semble avoir amené le juge à cette conclusion, c'est que d'après lui la *Loi de 1861*, à laquelle il faut se référer pour connaître les droits et privilèges garantis à la classe de personnes prévue par l'article 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, prend en considération les villes de Québec et de Montréal non pas tellement en tant qu'entités territoriales mais plutôt en tant que structures juridiques, puisque ce sont les corporations politiques municipales qui se voient attribuer certains pouvoirs par la *Loi de 1861*. Cela conduit le juge Brossard à considérer que les "limites territoriales juridiques des villes de Montréal et de Québec, quelle que soit leur évolution dans le temps, constituent les seules frontières objectives et logiques où l'on peut reconnaître les classes de personnes visées à l'article 93"²³.

Dans une certaine mesure, la position adoptée par le juge Brossard semble être moins englobante que celle qu'avait favorisée le juge Deschênes. En effet, pour ce dernier, c'était l'intégration au réseau de la C.E.C.M. qui faisait accéder à la protection de l'article 93: "... à compter de son intégration au réseau de la C.E.C.M., l'école Notre-Dame-des-Neiges est devenue confessionnelle au même titre que les autres institutions du réseau..."²⁴. Cette position fort large aurait conduit à ce que toute l'étendue desservie par les commissions scolaires confessionnelles de Québec et de Montréal soit couverte par l'article 93(1). Quand on sait que le territoire couvert par la commission scolaire Greater Québec couvre une partie du bas du fleuve et va sur la rive nord jusqu'au Saguenay, on saisit alors jusqu'où une telle interprétation aurait pu conduire si elle avait été maintenue. Le juge Brossard a statué que pour cerner et définir la "classe de personnes", il faut se baser sur les limites actuelles des villes sans prendre en considération les territoires qui sont desservis par les commissions scolaires demanderesse; cette réserve est d'importance.

22. *Supra*, note 6, p. 60.

23. *Id.*, p. 59.

24. *Supra*, note 4, p. 457.

Le juge Brossard a écarté l'argumentation du Procureur général du Québec qui soutenait qu'étendre la protection accordée par l'article 93 aux territoires actuels des villes de Montréal et de Québec reviendrait à dire que ce sont les conseillers municipaux qui pouvaient par "décision administrative" augmenter ou diminuer la "classe de personnes", ce qui serait de l'avis du Procureur général plutôt incongru. Le Tribunal n'a guère été impressionné par cet argument qu'il a estimé être plus théorique que juridique.

On peut facilement admettre que l'adéquation entre le territoire urbain des deux villes concernées et la classe de personnes protégée puisse être nécessaire pour assurer une certaine unité et une certaine égalité au sein de la population habitant la même ville. Toutefois, on peut se demander dans quelle mesure la solution retenue par le Tribunal apporte véritablement une solution au problème des annexions territoriales.

Le juge Brossard a identifié la classe protégée de personnes à celle résidant dans les limites actuelles des villes de Montréal et Québec "quelle que soit leur évolution dans le temps". En l'espèce le territoire s'était agrandi, mais s'il avait diminué, la solution retenue aurait-elle été la même? Le Tribunal aurait-il adopté une interprétation "étroitement légaliste" de façon à assurer que les personnes, vivant sur le territoire de 1867, puissent jouir de la protection de l'article 93? Bien entendu, il s'agit là d'une hypothèse; mais en disant que ce sont maintenant les frontières de 1984 qui sont déterminantes, qu'advient-il si les villes de Montréal et Québec à la suite d'une restructuration en arrive à perdre une partie de territoire? La "classe de personnes" suivra-t-elle ces fluctuations à la baisse comme à la hausse?

Jusqu'à présent, le problème ne s'est posé que dans l'optique où une ville gagnait, à la suite d'annexion ou d'intégration, des territoires et étendait ses frontières. Partant du noyau de 1867, la zone intouchable s'est agrandie et la classe de personnes protégées s'est identifiée à cette zone, mais ira-t-elle toujours en s'accroissant?

Quoiqu'il en soit de la logique pure, le jugement du juge Brossard est acceptable et défendable sur la question territoriale. Il signifie que le pouvoir de modification territoriale conféré au gouvernement par la loi pré-confédérative demeure, mais il ne peut être exercé de façon à préjudicier aux droits constitutionnels des citoyens des villes de Québec et Montréal. Par les articles 128 et suivants de la *Loi de 1861* le législateur a voulu que

la structure juridique des villes de Montréal et Québec serve de référence à celle des commissions scolaires regroupant les citoyens de ces villes. Cette structure juridique municipale sert d'ailleurs de référence également en matière de financement et de fiscalité, comme nous le verrons.

3. LA SUPPRESSION DU "DROIT DE DISSIDENCE"

Le grief le plus grave que la Cour supérieure fait à la *Loi 3* c'est qu'elle compromet l'exercice même du droit de dissidence constitutionnalisé par l'article 93 de la Constitution de 1867.

Le juge Brossard commet certains "lapsus" juridiques dans l'identification des titulaires ou détenteurs de droits et privilèges confessionnels visés par l'article 93. Certes l'article 93 de la Constitution de 1867 ne mentionne que "les classes de personnes" mais la *Loi de 1861* à laquelle il faut se référer articule ou distribue des pouvoirs droits et privilèges entre diverses catégories de sujets de droit. Le seul endroit où la loi confère des droits à "des classes de personnes" ou des collectivités c'est lorsqu'il est question d'élire des commissaires ou syndics, et lorsque suivant l'article 55 "un nombre quelconque d'habitants..." se déclarent dissidents.

Tous les autres pouvoirs ou droits sont conférés soit à des autorités de niveau gouvernemental (Gouverneur en Conseil, Conseil de l'instruction publique, Surintendant, Bureaux d'examineurs, Inspecteur) soit à l'autorité locale (les commissaires ou syndics agissant comme administrateurs d'une corporation publique et non comme fiduciaires des "habitants ou contribuables" comme ce fut le cas de 1841 à 1845). Les pouvoirs appartiennent alors à la corporation scolaire et ne sont exercés qu'en son nom. Enfin certains pouvoirs et droits sont conférés à d'autres autorités ou personnes tels: le droit de visite des écoles conféré aux autorités ecclésiastiques, judiciaires, militaires, etc...²⁵; le pouvoir et le droit de choisir les manuels religieux conférés aux autorités ecclésiastiques²⁶; le droit pour les "visiteurs des écoles" d'être présents aux examens des Bureaux d'examineurs avec voix consultative²⁷; le droit d'avoir un nombre égal de catholiques et de protestants nommés aux Bureaux officiels d'examineurs²⁸ et le

25. S.R.B.C. 1861, c. XV, art. 121.

26. *Id.*, art. 65 al. 2.

27. *Id.*, art. 122.

28. *Id.*, art. 103.

droit pour les autorités ecclésiastiques de décerner un certificat de moralité, comme condition d'admissibilité des instituteurs aux examens de certification des Bureaux officiels²⁹.

Ces derniers droits ou privilèges concernent incontestablement la confessionnalité. Ils avantageaient au moins indirectement les deux "classes de personnes" visées par l'article 93 de la Constitution. Or, ces privilèges ont presque tous été abolis après 1867 ou remplacés par autre chose. De plus, le rapport entre ces droits et privilèges et le droit de dissidence n'est pas évident.

La disparition définitive en 1966 des Bureaux d'examineurs a anéanti trois de ces privilèges qui toutefois n'existaient obligatoirement qu'à Montréal et à Québec; ailleurs les Bureaux pouvaient, à la discrétion du gouvernement, "être organisés en deux divisions, l'une catholique romaine, l'autre protestante"³⁰.

Quant au droit de visite des curés et autorités ecclésiastiques, il existe encore dans la *Loi sur l'instruction publique* et est rendu applicable par l'article 479 de la *Loi 3*. Le droit pour les curés de choisir les manuels de religion a été, quant aux protestants, transféré au Comité protestant du Conseil de l'instruction publique dès 1888³¹. Du côté catholique, il a été transféré au Comité catholique en 1964. Ce n'est donc pas la *Loi 3* qui est en cause.

Le juge Brossard a affirmé sans nuance que la *Loi 3* "tant dans son objet que dans ses effets entraîne la suppression et l'impossibilité d'exercice de ces droits et privilèges"³². Cela est au moins inexact pour ceux dont nous venons de parler.

Qu'en est-il maintenant des droits qui ont historiquement appartenu aux corporations dissidentes et qu'aurait fait disparaître la *Loi 3*? Le juge Brossard semble distinguer entre les droits rattachés à l'exercice du droit de dissidence donc les droits qui sont exercés à partir du moment de la déclaration de dissidence, et ce qu'il appelle les "droits acquis".

3.1. Les droits rattachés à l'exercice de la dissidence

Dès qu'une "classe de personnes" déclare sa dissidence, la *Loi de 1861* prévoyait la création d'une corporation de syndics et

29. *Id.*, art. 110.3.

30. *Id.*, art. 108.

31. 51-52 Vict., c. 36.

32. *Supra*, note 6, p. 107.

investissait celle-ci de nombreux pouvoirs qui lui permettaient de gérer de façon autonome des écoles strictement confessionnelles placées sous sa juridiction.

3.1.1. Le partage des pouvoirs entre les niveaux gouvernemental et local

Lorsque l'on parle d'autonomie de gestion pour la régie des écoles avant 1867, il faut vérifier avec attention quel était le partage de pouvoirs entre l'autorité gouvernementale et l'autorité locale, en l'occurrence les syndicats d'écoles dissidentes.

Premièrement, il importe de souligner que suivant l'article 55 alinéa 2 les syndicats sont :

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

Il en résulte donc que partout où la loi impose des devoirs aux commissaires, cela s'applique également aux syndicats à moins d'indication contraire. L'article 138 le répète d'ailleurs clairement.

Or, la loi conférait non seulement le pouvoir mais le devoir au Conseil d'instruction publique pour le Bas-Canada :

"de faire, de temps à autre, avec l'approbation du gouverneur en conseil, tels règlements que le Conseil jugera à propos pour l'organisation, la gouvernance et la discipline des écoles communes, et la classification des écoles et des instituteurs"³³.

Le même Conseil avait le devoir de choisir ou de faire publier les livres, cartes... sauf les livres "se rattachant à la religion...".

De plus, la loi imposait au Surintendant le devoir :

"de rédiger et faire imprimer des recommandations et conseils pour la régie des écoles, tant pour les commissaires et syndicats d'école que pour les secrétaires-trésoriers, et instituteurs;"³⁴.

Il devait aussi "examiner et contrôler les comptes de toute personne ou corporation... comptables d'aucuns deniers publics affectés et distribués en vertu des lois concernant les écoles"³⁵.

33. S.R.B.C. 1861, c. XV, art. 21 al. 3.

34. *Id.*, art. 24 al. 3.

35. *Id.*, art. 24 al. 5.

Le Surintendant avait le pouvoir de “porter remède” s’il survenait une difficulté grave au sujet des écoles dans une municipalité scolaire³⁶.

Le Surintendant devait autoriser certains actes des autorités locales telle l’aliénation d’immeubles, procéder à diverses nominations en cas de défaut, exercer la tutelle en cas de défaut d’une corporation de désigner des commissaires³⁷. Il agissait comme tribunal d’appel en matière de cotisation spéciale, en matière de choix d’emplacement d’une maison d’école, de changement des limites d’un arrondissement d’école³⁸.

Quelle était la portée du pouvoir de réglementation du Conseil de l’instruction publique? L’expression “l’organisation, la gouverne et la discipline des écoles...” englobe-t-elle tout ce qui concerne l’organisation administrative et la gestion des corporations tout comme la gestion administrative et pédagogique des institutions d’enseignement? La *Loi de 1861* ne fait pas la distinction que l’on retrouve de nos jours dans la *Loi sur l’instruction publique* entre l’organisation et l’administration des commissions scolaires d’une part et la régie des écoles. Le terme “école” dans la *Loi de 1861* est utilisé souvent pour couvrir ces deux réalités. Ainsi l’article 26 autorise le Surintendant à intervenir pour régler “les difficultés graves au sujet des écoles”; cela est encore plus évident aux articles 114 à 119 concernant les “inspecteurs des écoles” dont les inspections auprès des instituteurs et des écoles ont évidemment un caractère pédagogique³⁹; ces inspecteurs agissaient “en vertu des instructions... transmises par le Surintendant...”⁴⁰, ce qui laisse à croire que ces instructions pouvaient concerner la pédagogie.

Les règlements du Conseil de l’instruction publique et les instructions du Surintendant pouvaient donc porter sur ce qu’on appelle de nos jours le “régime pédagogique” qui prévoit suivant l’article 447 de la *Loi 3* “le cadre général d’organisation des services éducatifs” (déterminé par le gouvernement) et sur l’établissement des “programmes d’études officiels” suivant l’article 459 (déterminé par le Ministre). Par ailleurs, l’article 65 alinéa 2 de

36. *Id.*, art. 26.

37. *Id.*, art. 54.

38. *Id.*, art. 64.

39. *Id.*, arts 114 à 116.

40. *Id.*, art. 15.

la *Loi de 1861* attribuait aux commissaires et syndics le pouvoir de “régler le cours d’études à suivre dans chaque école”. Doit-on donner à l’article 65 alinéa 2 une interprétation extensive par rapport aux diverses dispositions qui confèrent les pouvoirs que nous avons étudiés, au Conseil de l’instruction publique, au Surintendant et aux Inspecteurs?

Le moins que l’on puisse dire, c’est qu’en matière de régime pédagogique la juridiction est partagée entre le niveau gouvernemental et le niveau local. Pourrait-on concevoir que le législateur ait confié à plusieurs milliers de commissaires et syndics responsables de 1 005 écoles (en 1850) ou de 3 820 écoles (en 1866) la responsabilité du régime pédagogique des écoles publiques, alors qu’un bon nombre d’entre eux étaient pratiquement illettrés, dans un contexte encore marqué par la guerre des “éteignoirs”? C’eût été un risque de confusion très grand et l’envers d’un système d’éducation nationale quelque peu cohérent.

Les textes invitent à une interprétation toute autre. D’une part, l’article 110 relatif aux devoirs des Bureaux d’examineurs énumère les diverses matières sur lesquelles les aspirants instituteurs devront être examinés et ajoute:

“et pour chaque classe d’école les autres connaissances qui pourront être exigées par les *règles* et les *règlements* passés de temps à autre par le Conseil de l’instruction publique et approuvés par le gouverneur en conseil”⁴¹.

Ce texte indique implicitement un certain nombre de matières qui devront être enseignées, puisqu’on peut en exiger la connaissance par les instituteurs. D’autre part, que peut signifier l’expression faire des “règlements sur la classification des écoles et des instituteurs” sinon fixer les normes en vertu desquelles les écoles et les instituteurs seront classifiés? Or, qu’est-ce qui permet cette classification sinon les diverses matières enseignées, c’est-à-dire, les programmes d’études établis pour chaque degré scolaire? Troisièmement, il faut se rappeler que nous sommes à une époque où le livre, c’est-à-dire le manuel, joue un rôle capital dans la didactique; or, qui approuve et recommande ces outils essentiels de la pédagogie de l’époque sinon le Conseil de l’instruction publique. Enfin, pourquoi le législateur a-t-il fait un devoir au Surintendant “de rédiger et faire imprimer des recommandations et conseils pour la régie des écoles, tant pour les

41. *Id.*, art. 110.

commissaires que pour *les... instituteurs*⁴²? Pourquoi prescrit-il que les inspecteurs d'écoles seront soumis "aux instructions" du Surintendant⁴³?

Le moins que l'on puisse dire c'est qu'avant 1867, il y avait un partage des pouvoirs entre les autorités gouvernementales et les autorités locales pour ce que nous convenons d'appeler de nos jours le "régime pédagogique". Affirmer qu'avant 1867 les commissions scolaires avaient une autonomie absolue en ces matières, c'est commettre une erreur. D'ailleurs, l'expression "régler le cours des études" n'est pas en elle-même très précise: elle peut tout aussi bien signifier le devoir de veiller à ce que les cours soient dispensés dans les écoles par les instituteurs.

Le Conseil privé dans l'arrêt *Roman Catholic Separate School Trustees* a eu à interpréter le *Separate School Act* de 1863 qui comportait des dispositions absolument identiques à celles de la loi du Bas-Canada quant aux pouvoirs du Surintendant et du Conseil de l'instruction publique. Voici ce qu'il déclare:

"The separate school was only a special form of common school and the Council could in the case of each determine the courses to be pursued and the extent education to be imparted. A full power of regulation, such as the purpose of the statutes quoted appropriate, is what suggests itself, and this is the natural outcome of scheme which never appears to have really varied. Such expressions as 'organization', 'gouvernement', 'discipline' and 'classification', do, in their Lordships interpretation of them, imply a real control of the separate schools"⁴⁴.

Les modifications apportées après 1867, notamment à partir de 1888, n'ont pas changé substantiellement les attributions des commissions scolaires. Dès 1888, les Comités catholique et protestant du Conseil de l'instruction publique se voyaient conférer expressément le pouvoir de régler les cours d'études alors que les commissaires et les syndics se voyaient attribuer le devoir de prendre les mesures nécessaires pour que le cours adopté par les deux comités soit suivi dans chaque école. Cette situation est demeurée inchangée jusqu'en 1964, alors que l'article 221 alinéa 3 de la *Loi sur l'instruction publique* fut modifié; les commissaires et les syndics se virent confier la charge de s'assurer que les cours d'études dispensés dans leurs écoles soient conformes aux programmes officiels. Ces derniers relèvent du pouvoir du minis-

42. *Id.*, art. 24 al. 3.

43. *Id.*, art. 115.

44. *Supra*, note 11, p. 387.

tre de l'Éducation; cependant avant leur approbation par le gouvernement, le ministre doit les soumettre à l'examen du Conseil supérieur de l'éducation et aux Comités catholique et protestant de ce Conseil.

Une rapide lecture de la *Loi 3*, des articles 273 à 296, indique amplement que la commission scolaire d'aujourd'hui conserve un rôle important en matière pédagogique: elle détermine certaines orientations, adopte certains programmes, réglemente le choix des instruments pédagogiques et du matériel didactique, établit le calendrier scolaire, établit les normes et modalités d'évaluation des apprentissages, établit les règles de classement des élèves...

Quant au pouvoir du Surintendant de faire des "recommandations et conseils communiqués aux instituteurs"⁴⁵, il faut rappeler qu'il s'agissait d'un véritable *pouvoir de directive*; ainsi le Surintendant pouvait-il "refuser de payer la totalité ou partie des fonds des écoles communes afférente à toute municipalité scolaire, si ses instructions légitimes ou celles du Conseil de l'instruction publique ont été enfreintes..."⁴⁶. De même, lorsqu'il est question de la rémunération et des dépenses que peuvent faire les secrétaires-trésoriers, l'article 62 parle de dépenses "spécialement autorisées par les règles et les règlements faits de temps à autre par le Surintendant".

En 1867, les Pères de la Confédération n'ont constitutionnalisé que les droits qui étaient en vigueur en vertu de la loi. Or, cette loi restreint considérablement l'autonomie locale tant en matière administrative qu'en matière pédagogique. Le système scolaire en vigueur en 1867 est à cet égard différent de celui créé en 1841 au début de la période de l'Union.

Depuis leur création en 1845 jusqu'à aujourd'hui les corporations scolaires ont été des corporations publiques régies quant à leur statut et leurs pouvoirs par le droit public. La jurisprudence l'a fréquemment répété, en assimilant sous ce rapport les corporations municipales et les corporations scolaires:

"les commissions scolaires, corporations créées par la *Loi de l'instruction publique* (art. 118) n'ont que les droits, pouvoirs et devoirs déterminés par cette loi: Il s'agit de droit public et administratif et ces commissaires ne peuvent outrepasser leurs pouvoirs"⁴⁷.

45. S.R.B.C. 1861, c. XV, art. 24 al. 3.

46. *Id.*, art. 97.

47. *Poissant c. Commissaires d'école de St-Jacques Le Mineur*, [1957] C.S. 158.

Le Code civil de 1866 stipule que les corporations politiques sont régies par le droit public et “ne tombent pas sous le contrôle du Droit civil que dans leurs rapports à certains égards avec les autres membres de la société individuellement”⁴⁸. La détermination des pouvoirs de ces corporations est une question de droit public. Les pouvoirs de ces corporations sont régis par le principe de l'*ultra vires*. Comme le soutenait la Cour suprême:

“Dans notre système, les municipalités sont les créatures de la loi; par conséquent la doctrine de l'*ultra vires* doit recevoir sa pleine application”⁴⁹.

Cette façon d'interpréter les pouvoirs des corporations municipales ou scolaires a été constante jusqu'à nos jours. Dans un arrêt du 27 juin 1985, la Cour suprême le redisait en ces termes:

“Une municipalité n'a de pouvoirs que ceux qui lui ont été expressément conférés par la législature”. Dans *City of Verdun v. Sun Oil Co.*, [1952] 1 R.C.S. 222...

“Le même principe était énoncé par cette Cour dans *City of Outremont v. Protestant School Trustees of the City of Outremont*, [1952] 2 R.C.S. 506, aux pp. 511 et 513”⁵⁰.

Si les corporations scolaires de 1867 n'avaient que les pouvoirs que leur conférait expressément leur loi constitutive, seuls ces pouvoirs ont pu être constitutionnalisés. Et ils l'ont été en 1867 avec les limites prévues expressément par la *Loi de 1861*.

Ainsi le pouvoir de modifier le territoire de la municipalité scolaire n'appartenait pas aux corporations mais au gouvernement lui-même, à son entière discrétion⁵¹. Le pouvoir d'acquérir des immeubles appartenait aux corporations mais il pouvait être “modifié ou aboli par la loi”⁵². La valeur annuelle de ces immeubles ne pouvait excéder 2,000\$ à Montréal et à Québec, et 1,200\$ ailleurs⁵³. Enfin le pouvoir d'aliéner tout bien appartenant à ces corporations nécessitait l'autorisation expresse du Surintendant⁵⁴.

48. Art. 356 C.c.

49. *Verrault et Fils c. P.G. du Québec*, [1977] 1 R.C.S. 41.

50. Cité dans *Air Canada et Cité de Dorval*, Cour suprême du Canada, jugement non rapporté du 27 juin 1985, p. 7.

51. S.R.B.C. 1861, c. XV, art. 30.

52. *Id.*, art. 64 al. 2.

53. *Id.*, art. 53.

54. *Id.*, art. 54.

Il n'est nulle part question de pouvoir d'emprunt en faveur des corporations et encore moins d'un pouvoir "d'emprunt discrétionnaire" contrairement à ce que soutient le juge Brossard⁵⁵. Comment peut-on constitutionnaliser un pouvoir non expressément prévu par la loi, alors que l'article 93 de la Constitution parle de droits et privilèges conférés par la loi?

Les corporations scolaires avaient un important pouvoir de taxation, mais contrairement à ce qu'affirme le juge Brossard ce pouvoir n'était pas "illimité". Dans le cas de la cotisation annuelle et des cotisations spéciales pour fins de construction ou réparation d'écoles, le pouvoir de cotisation était limité à 1,000\$ ou 500\$ suivant qu'il s'agissait d'école modèle ou d'école commune (environ 20,000\$ ou 10,000\$ en dollars d'aujourd'hui); un droit d'appel existait en plus devant le Surintendant qui pouvait annuler ou confirmer une taxe ou cotisation "suivant ce qu'il trouvera plus équitable"⁵⁶. Enfin, en matière de taxation, la Cour suprême vient de reconnaître en 1984 que la loi peut imposer la tenue d'un référendum... On est donc très loin d'un pouvoir illimité de taxer.

Les corporations scolaires avaient en 1867 le pouvoir d'exiger une retribution mensuelle limitée toutefois à 40 centins par élèves. Ce pouvoir leur a été retiré en 1944, rétabli en 1949 et aboli définitivement en 1961.

3.1.2. Le financement des institutions

Le juge Brossard affirme que "rien dans la *Loi de 1861* ne permet de conclure que le dissident était, financièrement, pénalisé par l'exercice de sa dissidence"⁵⁷. Or, suivant le juge, par l'effet de la *Loi 3* "ceux qui voudront exercer leur droit à la dissidence... se verront obligés, du moins sur papier, de repartir à zéro comme leurs ancêtres l'avaient fait de 1841 jusqu'au début du siècle"⁵⁸. Mais c'est précisément ce qui arrivait entre 1840 et 1867! Rien dans les lois pré-confédératives ne prévoit en faveur des dissidents une forme d'attribution d'actifs. Les dissidents repartaient à zéro, avec pour l'avenir les mêmes droits financiers que les commissaires de la corporation majoritaire. L'idée qu'il y

55. *Supra*, note 6, p. 107.

56. S.R.B.C. 1861, c. XV, art. 64.

57. *Supra*, note 6, p. 86.

58. *Id.*, p. 87.

aurait "privation de la structure matérielle essentielle à l'exercice concret du droit à la dissidence"⁵⁹ est une vue de l'esprit qui n'a aucun fondement dans la réalité juridique pré-confédérative.

Comme le mentionne le juge Brossard, le premier mécanisme de partage des actifs (ou des dettes le cas échéant) est précisément apparu en 1899⁶⁰ et a été maintenu en ces termes dans l'actuelle *Loi de l'instruction publique*:

"Article 43 Quand une municipalité est démembrée par suite de la formation d'une nouvelle municipalité (...), la dette ou l'actif, selon le cas, est divisé au prorata de l'évaluation uniformisée de la propriété foncière.

La même règle est suivie quand la minorité religieuse se déclare dissidente".

Une telle disposition, comme nous le verrons plus loin, peut être rendue applicable à la *Loi 3* par le jeu de son article 479, rendant ainsi la *Loi 3* plus favorable aux dissidents que ne l'était la *Loi de 1861*.

Un second grief à la *Loi 3* vient du fait que le pouvoir d'emprunt des commissions scolaires est subordonné à l'autorisation du Ministre. Comment alors les nouvelles corporations dissidentes pourront-elles "pourvoir au refinancement de toutes leurs nouvelles structures"? La *Loi 3* comme *plusieurs* lois antérieures, limite ce pouvoir d'emprunt qui n'est apparu, ainsi limité, qu'en 1886. Il n'est nulle part question dans la *Loi de 1861* de pouvoir d'emprunt qu'auraient eu les commissions scolaires ou les syndicats. Comment alors parler de ce "droit absolu qui existait en 1867"?

Le juge Brossard insiste à plusieurs reprises sur le fait que "la lettre et la philosophie de la *Loi de 1861* plaçaient majorité et dissidents sur un strict pied d'égalité"⁶¹. Cette égalité est apparente dans la *Loi de 1861*, mais si l'on y regarde de près, elle n'était pas absolue; d'ailleurs à la veille de la Confédération certains dissidents s'en plaignaient. On constate, en effet, qu'une *Loi de 1869* est venue régler le problème du partage de la taxation foncière provenant des compagnies⁶². Or jusque-là, c'est-à-dire à la période pré-confédérative, les corporations majoritaires seules recevaient le produit de la taxe des compagnies incorpo-

59. *Id.*, p. 56.

60. 62 Vict., c. 28, art. 103.

61. *Supra*, note 6, p. 89.

62. 32 Vict., c. 16, art. 13.

rées, sur la base du rôle d'évaluation municipale⁶³. La corporation dissidente ne pouvait taxer que les "habitants dissidents qui ont signifié leur dissentiment"⁶⁴. Cette situation ne se reproduisait pas à Montréal et à Québec où le pouvoir de taxation appartenait aux corporations municipales; mais partout ailleurs les corporations majoritaires bénéficiaient d'un avantage sur les dissidentes.

À partir de 1869, les corporations dissidentes ont donc recouvré l'égalité que leur reconnaît encore la législation actuelle, de telle sorte que, contrairement à ce que prétend la Cour supérieure, les corporations dissidentes d'aujourd'hui sont dans une position plus avantageuse que celles d'avant 1867!

Le juge Brossard mentionne à plusieurs reprises "le pouvoir illimité" de taxer des corporations scolaires. Or, on se souviendra que la Cour suprême en 1984 a reconnu que ce pouvoir peut être assujéti à un référendum. D'autre part, parlant de Montréal et de Québec, le juge affirme que les "corporations scolaires jouissent du pouvoir illimité de l'article 74"⁶⁵. Si l'on consulte la *Loi de 1861*, on constate qu'un sous-titre précédant les articles 128 à 134 s'intitule "dispositions spéciales relatives aux cités de Québec et de Montréal". Suit l'article 130 qui stipule qu'à Québec et Montréal, la corporation nommera douze commissaires d'écoles; l'article 131 stipule "qu'il ne sera pas imposé de taxe dans les cités de Québec et de Montréal pour les fins des écoles communes, mais le trésorier de chacune desdites cités sera tenu... de payer"; l'article 132 ajoute que "les corporations des cités de Québec et de Montréal pourront payer... une somme additionnelle"; l'article 133 ajoute que "la cité de Montréal n'aura droit de recevoir des fonds communs des écoles que le quart, et celles de Québec...". Il est manifeste que l'interdiction de taxer édictée en 1861 vise les commissions scolaires de Montréal et Québec.

En contrepartie, le législateur oblige "les cités" de Montréal et de Québec ou corporations municipales de ces villes à payer des sommes sous forme de subventions. Le texte utilise indistinctement les termes "cités de Montréal", "corporations des cités de Montréal et de Québec" pour signifier la même réalité corporative.

63. S.R.B.C., 1861, c. XV, art. 78.

64. *Id.*, art. 57 et art. 55 al. 4.

65. *Supra*, note 6, p. 41.

L'article 74, une disposition qui a été ajoutée en 1846, crée en faveur des commissaires et des syndics un pouvoir de taxer pour prélever toute somme additionnelle en plus de celle qui est prévue par l'article 73. Puis l'article 74 ajoute que "cette disposition s'applique aussi *aux cités* de Québec et de Montréal". Or, nous avons vu qu'aux articles 128 à 134 l'expression "cités de Québec et de Montréal" signifie les "corporations municipales de" et non "les corporations scolaires de..." Autrement, comment pourrait-on concilier les articles 128 à 134 qui s'en remettent au pouvoir de taxation municipal et de cet article 74 qui accroît le pouvoir de taxation des "cités de Québec et de Montréal..." pour le soutien des écoles sous le contrôle des commissaires. Houle, avec raison, soutient "qu'en 1867 les commissions scolaires de Montréal ne pouvaient prélever aucune taxe scolaire"⁶⁶. En fait, ce n'est qu'en 1869 qu'apparaît la première "taxe scolaire", mais il revient encore à la corporation municipale de l'imposer, d'en fixer le taux et de la percevoir. En 1925, ce pouvoir de taxation sera transféré de la ville à la corporation protestante.

C'est donc une erreur juridique et historique grave d'attribuer avant 1867 un quelconque pouvoir fiscal aux corporations scolaires de Montréal et de Québec. Il n'y avait pas de "taxe scolaire" dans ces territoires mais uniquement une taxe municipale pour fins scolaires dont une partie était implicitement obligatoire⁶⁷; une autre partie était implicitement à la discrétion des autorités municipales⁶⁸; et une troisième partie restait expressément à la discrétion des autorités municipales⁶⁹.

L'affirmation du juge Brossard suivant laquelle les commissaires de Montréal et de Québec auraient obtenu par l'article 74 un pouvoir de taxation est également faite par le juge Chouinard de la Cour suprême dans l'arrêt *Lavigne* en décembre 1984: "les commissaires de Montréal et de Québec avaient, comme le stipule l'article 74... le pouvoir de prélever..."⁷⁰. Hélas, il s'agit là d'une déformation de l'article 74, commise par inadvertance: lorsque en 1972 fut créé le Conseil scolaire de l'Île de Montréal et que la loi lui conféra un pouvoir de taxation, il s'agissait là

66. *Supra*, note 17, p. 143.

67. S.R.B.C. 1861, c. XV, art. 131.

68. *Id.*, art. 132.

69. *Id.*, art. 74.

70. *Supra*, note 12, pp. 589, 597.

d'un pouvoir qui avant 1867 appartenait à la corporation municipale et non aux corporations scolaires catholiques et protestantes de Montréal. La situation est différente pour les corporations dissidentes de l'Île de Montréal comme d'ailleurs le prévoit expressément l'article 428 de la *Loi 3* telle qu'amendée. En conclusion, nous estimons qu'aucune des dispositions de la *Loi 3* concernant le pouvoir fiscal des corporations confessionnelles (Montréal et Québec) et des corporations dissidentes n'est inconstitutionnelle. Il en va de même pour les dispositions concernant le pouvoir d'emprunt car un tel pouvoir n'existait pas dans les lois pré-confédératives.

3.1.3. Le droit de posséder et de gérer des écoles confessionnelles

Le juge Brossard laisse entendre que la *Loi 3* compromet le droit pour les corporations de syndics de posséder et de gérer leurs propres écoles⁷¹. Le juge ne précise toutefois pas en quoi la situation créée par la *Loi 3* sera différente de celle qui existait en vertu de la *Loi de 1861*. Au contraire, on peut facilement démontrer que l'autonomie locale, avec la *Loi 3*, sera plus grande qu'elle l'était avant 1867. D'un côté, les corporations scolaires sont soumises à un cadre réglementaire équivalent (règlements du Conseil de l'instruction publique, etc...), mais le pouvoir d'acquisition immobilière était plafonné à une valeur annuelle de 2,000\$ et 1,200\$, alors qu'il est illimité de nos jours. Ajoutons que le pouvoir de taxation pour fins de construction ou autres fins immobilières était limité à 1,000\$ dans le cas d'une école modèle et 500\$ dans le cas d'une maison d'école commune; de plus il y avait un droit d'appel au mérite au Surintendant...⁷². Ces limites n'existent plus de nos jours!

En ce qui concerne le pouvoir d'expropriation, l'article 64 alinéa 9 de la loi pré-confédérative (ajouté en 1866) le limite aux "terrains vacants" et s'il y a difficulté, elle stipule que "la question sera réglée par arbitrage". Suivant la *Loi 3* le pouvoir d'expropriation n'est pas limité aux "terrains vacants", mais il est subordonné à l'autorisation du Ministre. Dans les deux cas, il y a une forme de contrôle... (Signalons que le juge Brossard n'aborde pas cette question).

71. *Supra*, note 6, pp. 106, 84-85.

72. S.R.B.C. 1861, c. XV, art. 64.

3.1.4. Le contrôle du personnel enseignant

Le juge Brossard relève que sous la *Loi 3* "les commissaires ne disposent d'aucun pouvoir de quelque nature que ce soit au niveau des contrôles des qualifications morales ou religieuses de l'enseignement"⁷³.

La loi pré-confédérative ne conférerait pas aux commissaires un contrôle absolu sur leur personnel enseignant. Ils devaient engager des instituteurs qualifiés et certifiés par le Bureau d'examineurs, organisme gouvernemental; de nos jours, le Bureau a été remplacé par une autre autorité gouvernementale, le Ministre. Ils avaient la liberté du choix des instituteurs tout comme les commissaires sous la *Loi 3*⁷⁴.

Que dit la *Loi 3* relativement à l'engagement des enseignants par les commissions scolaires? Abolit-elle, comme le prétend le juge Brossard, la possibilité pour les corporations dissidentes d'avoir des exigences religieuses particulières pour leurs enseignants? La *Loi 3* prescrit que la commission scolaire est l'employeur des enseignants mais ne peut engager que des enseignants titulaires d'un permis⁷⁵. L'article 97 de la *Loi 3* prescrit que le directeur de l'école gère le personnel et détermine les tâches et responsabilités... en s'assurant du respect des règlements des Comités catholique et protestant. Si une corporation dissidente voulait avoir d'autres exigences particulières en matière d'embauche en invoquant son caractère confessionnel, l'article 479 prévoit expressément qu'on peut se référer à la *Loi sur l'instruction publique*; ainsi, par exemple, l'article 35 de la *Loi 3*, quant au droit pour l'enseignant de refuser de dispenser l'enseignement moral ou religieux, peut être considéré comme incompatible avec le caractère confessionnel d'une école dissidente. Le seul texte qui interdirait aux corporations dissidentes d'exiger des qualifications particulières de leurs instituteurs serait la *Charte des droits de la personne*. Mais l'article 20 de la Charte prévoit expressément que:

"Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire".

73. *Supra*, note 6, p. 84.

74. *Supra*, note 1, art. 300.

75. *Id.*, art. 30.

Récemment dans l'arrêt *Caldwell c. Stuart*, la Cour suprême a eu à interpréter une disposition semblable, soit l'article 22 du *Human Rights Code* de la Colombie Britannique:

[TRADUCTION] 22. Lorsqu'un organisme ou groupement charitable, philanthropique, religieux, social ou d'entraide, sans but lucratif, a pour objectif principal la promotion des intérêts et du bien-être de personnes caractérisées par la communauté de race, de religion, d'âge, de sexe, d'état matrimonial, de convictions politiques, de couleur, d'ascendance ou de lieu d'origine, cet organisme ou groupement n'est pas censé contrevenir à la présente loi parce qu'il donne la préférence aux membres de ce groupe ou de cette catégorie identifiable de personnes⁷⁶.

La question en litige était de savoir si cet article pouvait permettre à la direction d'une école confessionnelle catholique de ne pas réembaucher pour l'année scolaire suivante une enseignante catholique qui au cours de l'année avait épousé civilement un divorcé, contrairement aux préceptes de l'église catholique. Le juge McIntyre rendant jugement pour la Cour déclare ceci:

"Le but de l'article est de préserver le droit au maintien des écoles confessionnelles qu'ont les catholiques de ce groupe et ceux d'autres groupes. À cause de la nature des écoles, cela signifie le droit de préserver le fondement religieux des écoles et, pour ce faire, *d'embaucher* les enseignants qui, à cause de leur religion et de leur acceptation des règles de l'Église, sont compétents pour enseigner d'une manière conforme aux exigences de l'école. Cela comporte et justifie la politique qui consiste à préférer des enseignants catholiques qui acceptent et pratiquent les enseignements de l'Église. En ne renouvelant pas le contrat de Mme Caldwell, les autorités scolaires ont fait un choix au profit des membres de la communauté desservie par l'école et qui forment le groupe identifiable, en maintenant un corps enseignant composé de catholiques qui tous acceptent et pratiquent les enseignements de l'Église. À mon avis, le congédiement de Mme Caldwell ne peut donc être considéré comme une violation du Code et le pourvoi doit être rejeté"⁷⁷.

L'article 93(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* a été également soulevé par l'intimée (l'école confessionnelle) pour attaquer l'article 8 du *Human Rights Code* qui prohibe toute discrimination fondée sur la religion. Les procureurs de l'intimée soulevaient en effet que dans la mesure où l'article 8 portait atteinte au droit de l'école confessionnelle de donner préférence dans l'embauche aux membres de sa propre confession, il était *ultra vires* des pouvoirs de la province en vertu de l'article 93. La Cour suprême, étant donné l'interprétation qu'elle avait retenu

76. R.S. (British Columbia) 1979, c. 186, art. 22.

77. [1984] 2 R.C.S. 603.

de l'article 22 du *Human Rights Code*, fut d'opinion que l'article 8 ne modifiait en rien les droits et privilèges garantis par l'article 93, et qu'au surplus l'article 22 les protégeait de toute façon.

L'article 20 de la *Charte québécoise des droits de la personne* dont le libellé à quelques nuances près est semblable à celui de l'article 22 du *Human Rights Code* permettrait donc aux corporations (syndics et commissaires) des écoles confessionnelles et dissidentes de poser des exigences particulières relatives à la religion lors de l'embauche ou à tout moment de la prestation de l'enseignant.

Ce pouvoir des syndics des écoles dissidentes de renvoyer un enseignant pour un motif religieux a également été soulevé dans *Re Essex Country Roman Catholic Separate School Board*⁷⁸. Deux professeurs avaient été renvoyés par une commission scolaire confessionnelle pour avoir contracté un mariage civil; la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que le droit de renvoyer un professeur pour des motifs religieux était un droit ou un privilège qui existait en 1867 en faveur des syndics des écoles séparées, et que l'on ne pouvait porter atteinte à ce droit. Le juge Zuber a statué pour le banc que l'article 7 de la loi intitulée *Act to restore to Roman Catholics on Upper Canada certain rights in respect to separate schools* de 1863 affirmait que les syndics détenaient les mêmes pouvoirs relativement aux écoles séparées que les commissaires avaient relativement aux écoles communes. Comme employeur, les commissaires avaient le pouvoir d'engager et de renvoyer les enseignants, et rien dans le *Upper Canada Common School Act de 1859* ne venait réduire les pouvoirs des commissaires comme employeur. Donc selon le juge, si les commissaires pouvaient renvoyer pour cause, cela devait inclure dans le cas des écoles confessionnelles une cause religieuse (denominational cause). C'est pourquoi un écart marqué fait par le professeur aux valeurs religieuses véhiculées par l'école confessionnelle ne peut être isolé de son enseignement:

"Serious departures from demoninational standards by a teacher cannot be isolated from his or her teaching duties since within the denominational school religious instruction, influence and example form an important part of the educational process: cf. *Tiny Separate School Trustees v. The King*, [1928] 3 D.L.R. 753 at p. 773, [1928] A.C. 363 at p. 390, [1928] 2 W.W.R. 641"^{78a}.

78. (1979) 89 D.L.R. (3d) 445, 447 (C.A. Ontario).

78a. *Ibid.*

C'est ce qui amena le juge à conclure qu'en 1867, les syndics des écoles séparées de l'Ontario possédaient le pouvoir de renvoyer des professeurs pour des motifs confessionnels et ce pouvoir ne pouvait être réévalué par un comité d'arbitrage:

"In my view, it follows that the power of the trustees to dismiss for denominational cause is a 'right or privilege with respect to denominational schools' possessed by separate school supporters and by virtue of s. 93 of the British North America Act, 1867, nothing in the legislation of the Province of Ontario can prejudicially affect this right. It seems apparent that to subject the right to dismiss for denominational reasons to a review by a Board of Reference would prejudicially affect the right"⁷⁹.

Cependant dans *Stack v. Roman Catholic School Board for St-John*⁸⁰ était contesté le pouvoir de la législature terre-neuvienne d'abroger une disposition qui accordait aux commissions scolaires le pouvoir de renvoyer un enseignant pour conduite immorale. L'article 17 de l'Acte constitutionnel de 1949 scellant l'Union de Terre-Neuve avec le Canada donne compétence à cette province en matière d'éducation sous réserve de ne pas affecter les droits et privilèges relatifs aux écoles confessionnelles qui existaient au moment de l'Union. Au moment de l'Union, il existait une disposition législative autorisant la commission scolaire à renvoyer un professeur pour conduite immorale. Après l'Union, cette loi fut abrogée. La Cour décida que cette abrogation était valide et ne violait pas les droits et privilèges consentis aux écoles confessionnelles, puisqu'il s'agissait d'une mesure générale non en rapport avec l'enseignement confessionnel mais avec les conditions d'emploi de tous les enseignants dans les écoles publiques. Commentant la décision de la Cour d'appel ontarienne dans *Re Essex*, le juge Noël fit cette distinction:

"The Court of Appeal found that to subject the right of dismissal to review by a statutory board of reference prejudicially affected that right. That would be so in this Province but no such legislation exists here"^{80a}.

S'il s'agit, par ailleurs, du congédiement des instituteurs pour cause d'inconduite et d'immoralité, avant 1867 un tel pouvoir appartenait aux commissaires et aux syndics. En effet, à l'article 65 de la *Loi de 1861*, il est prévu que les commissaires doivent nommer et engager de temps à autre des instituteurs suffisam-

79. *Id.*, p. 448.

80. (1980) 99 D.L.R. (3d) 278.

80a. *Id.*, p. 286.

ment qualifiés pour enseigner dans les écoles sous leur contrôle et de les déplacer (le texte anglais de l'article 65 emploie le mot "remove" qui veut dire destituer) pour cause d'incapacité, de négligence à remplir fidèlement leurs devoirs, d'insubordination, d'inconduite ou d'immoralité, après mûre délibération d'une assemblée des commissaires (ou syndics) convoquée à cet effet. Mais, ce dernier pouvoir des commissaires ou des syndics n'est pas absolu car une telle décision à l'endroit d'un instituteur peut toujours être soumise à l'arbitrage du Surintendant tel que prévu à l'article 65.3. C'est à ce dernier que revenait le pouvoir d'entendre cette contestation et sa décision était finale et opposable aux syndics et aux commissaires⁸¹.

3.1.5. La certification des maîtres

La prétention du juge Brossard à l'effet que les commissaires ou syndics "n'ont plus, en tout état de cause, de contrôle sur les qualités morales et les qualités de catholiques et de protestants des membres du corps professoral"⁸² pourrait reposer sur l'article 110.3 de la *Loi de 1861*. Cet article stipulait que seuls les candidats munis d'un certificat de moralité signé du curé ou ministre de sa croyance religieuse, et d'au moins trois commissaires ou syndics d'école de la localité dans laquelle le candidat a résidé durant les derniers six mois, pouvaient se présenter aux examens annuels destinés aux instituteurs. De tels examens conduisaient à l'octroi par les Bureaux d'examineurs d'un certificat ou brevet de capacité.

En fait, c'est à ce pouvoir concurrent des syndics et commissaires et des ministres du culte de délivrer aux candidats instituteurs des certificats de moralité et à ce devoir de destituer l'instituteur pour cause d'immoralité que se résument les attributions des commissaires et des syndics relatives aux qualifications morales des instituteurs. On ne peut pas vraiment parler de contrôle absolu sur les qualifications religieuses des instituteurs puisque l'octroi par les autorités religieuses et les corporations scolaires du certificat de moralité n'est envisagé par la loi que comme une condition d'éligibilité du candidat aux examens annuels. Or, ce qui, dans la *Loi de 1861*, permet à un instituteur d'enseigner, c'est la détention d'un brevet de capacité puisque les corporations scolaires devaient: "nommer et engager de temps à au-

81. S.R.B.C. 1861, c. XV, art. 121.

82. *Supra*, note 6, p. 92.

tre des instituteurs *suffisamment qualifiés* pour enseigner dans les écoles sous leur contrôle...⁸³.

Les brevets de capacité sont délivrés par un Bureau d'examineurs après examen des candidats instituteurs. Les commissaires ou syndics n'ont, de par la loi, aucun contrôle sur la constitution et les activités de ces Bureaux. Les Bureaux de Montréal, de Québec et de quelques anciens districts sont institués par la loi⁸⁴ alors qu'ailleurs, ils sont constitués par le gouverneur en conseil sur le rapport du Surintendant⁸⁵. Les membres de ces Bureaux sont nommés par le gouverneur en conseil⁸⁶. De plus, seul le Conseil de l'instruction publique, autre instance gouvernementale, pouvait à l'époque révoquer le brevet de capacité d'un instituteur pour cause de mauvaise conduite, d'*immoralité* ou d'intempérance de la part de l'instituteur en cause⁸⁷. Le Conseil ne pouvait agir de la sorte que lorsque saisi d'une accusation ou d'un rapport défavorable et, en cas de contestation par l'instituteur en cause, tenir une audition et juger de l'affaire au mérite⁸⁸.

Il est juste de dire que le candidat instituteur ne détenant pas de certificat de moralité ne pouvait devenir instituteur car il n'était pas éligible aux examens des Bureaux. Ainsi, les autorités religieuses ainsi que les syndics et les commissaires exerçaient effectivement un contrôle *a priori* sur les qualités morales; mais une fois tel certificat accordé, et le brevet de capacité s'en suivant, ces personnes perdaient le contrôle sur les qualifications de l'instituteur car la révocation du brevet ne revenait qu'aux instances gouvernementales. Tout ce que pouvaient faire les syndics et commissaires consistait en la destitution d'un instituteur qui ne perdait pas pour autant, aux yeux de la loi, les qualifications requises pour enseigner. On pourra arguer qu'en vertu de l'article 110.3 la possession par un instituteur d'un certificat ou brevet de capacité n'obligeait pas les commissaires ou syndics d'école à accepter cet instituteur s'il ne leur convenait pas. Cependant, il s'agit là d'une discrétion conférée aux syndics et commissaires lors de l'embauche d'instituteurs et non d'un pouvoir de

83. S.R.B.C. 1861, c. XV, art. 65.1.

84. *Id.*, arts 103 al. 1 et 104 al. 1.

85. *Id.*, art. 105.

86. *Id.*, arts 103 al. 2, 104 al. 4 et 105.

87. *Id.*, art. 22 al. 1.

88. *Id.*, art. 22 al. 4 à al. 9.

contrôle sur les qualifications de ces derniers. L'adoption de la *Loi sur l'instruction publique en 1899*⁸⁹ a modifié les règles d'éligibilité aux examens annuels en omettant de reprendre l'obligation prévue à l'ancien article 110.3 de la *Loi de 1861* quant au certificat de moralité. On peut supposer que cet aspect du contrôle sur les qualifications morales des instituteurs a été délégué aux deux Comités catholique et protestant du Conseil de l'instruction publique apparus en 1869⁹⁰. En effet, l'article 110 de la *Loi de 1861* a été repris dans la *Loi de 1899* dans les termes suivants:

"Les aspirants aux différents brevets devront se conformer, pour subir l'examen, aux exigences du programme que l'un ou l'autre des comités du Conseil de l'instruction publique, selon le cas, pourra établir de temps à autre, avec l'approbation du Lieutenant gouverneur en Conseil"⁹¹.

En 1964 ces pouvoirs sont exprimés de façon claire et précise et conférés aux deux Comités catholique et protestant dans les termes suivants:

"De faire des règlements sur la qualification, au point de vue religieux et moral, du personnel dirigeant et enseignant dans ces institutions d'enseignement:"⁹².

Un tel pouvoir existe toujours même si la *Loi 3* en a quelque peu modifié l'étendue. L'article 556 de la *Loi 3* modifie quelque peu l'article 22 de la *Loi sur le Conseil supérieur de l'éducation*; le paragraphe b) de cet article stipule que les Comités peuvent:

"b) faire des règlements sur les conditions de qualification du personnel enseignant qui dispense l'enseignement moral et religieux, catholique ou protestant, ainsi que du personnel non enseignant qui dispense les services d'animation pastorale catholique, ou les services d'animation religieuse protestante, dans les établissements d'enseignement;"

On peut alors convenir qu'à l'égard de la certification des qualités morales et religieuses des instituteurs, une délégation ou transfert des pouvoirs s'est effectué des autorités locales (religieuses et scolaires) vers les Comités correspondants du Conseil supérieur de l'éducation. Comment alors s'expliquer que dans son jugement le juge Brossard ne dispose pas du cas de la certification comme de celui du choix des livres, où le juge reconnaît que la délégation

89. 62 Vict., c. 28.

90. 32 Vict., c. 16.

91. *Supra*, note 60, art. 88.

92. S.Q. 1964, 12-13 Eliz., c. 15, art. 22d.

tion de ce pouvoir des autorités religieuses diocésaines ou locales aux Comités correspondants du Conseil supérieur "n'est pas de nature à affecter de façon préjudiciable les droits et privilèges protégés par l'article 93"⁹³.

On peut conclure que le "droit de contrôle" sur les qualifications et sur le choix du corps professoral avant 1867 était étroitement encadré. Les instituteurs devaient être qualifiés et certifiés par les Bureaux d'examineurs dans le cadre des règlements édictés par le Conseil de l'instruction publique. Ce dernier pouvait révoquer le certificat ou brevet pour cause de "mauvaise conduite... d'immoralité ou d'intempérance"⁹⁴. De plus, ces instituteurs étaient soumis à l'inspection de l'inspecteur gouvernemental dont les pouvoirs étaient considérables⁹⁵. Enfin, le Surintendant était "d'office visiteur général de toutes les écoles publiques et comme tel pouvait prendre connaissance des contestations qui s'élevaient entre les commissaires ou syndics d'école et les instituteurs, et *sur le tout, donner une décision finale*"⁹⁶. Ainsi les pouvoirs des commissaires et syndics, quant au contrôle des instituteurs⁹⁷, étaient incontestablement plus limités et encadrés que de nos jours et plus assujettis à l'autorité suprême du Surintendant que le sont les contrôles exercés sur les enseignants d'aujourd'hui par le ministre de l'Éducation.

Après ce survol du partage des attributions entre le niveau gouvernemental et le niveau local en matière d'éducation à l'époque pré-confédérative, la seule conclusion qui s'impose est que l'administration des corporations scolaires, majoritaires ou dissidentes, de même que la gestion des écoles dans tous ses aspects, étaient susceptibles d'être fortement encadrées par une réglementation ou des directives gouvernementales.

Sur des textes identiques à ceux qui prévalaient au Bas-Canada, le Conseil privé dans l'arrêt *Tiny* de 1928 a été du même avis. C'est ce qui a permis aux professeurs Marx, Chevrette et Tremblay de:

"déduire en toute certitude que les droits et privilèges constitutionnellement protégés en matière de direction et de contrôle des écoles confes-

93. *Supra*, note 6, p. 92.

94. S.R.B.C. 1861, c. XV, art. 22.

95. *Id.*, arts 114 à 117.

96. *Id.*, art. 121.

97. *Id.*, art. 65 al. 1.

sionnelles sont extrêmement minimales, si tant est qu'ils existent, et cela au Québec aussi bien qu'en Ontario"⁹⁸.

3.2. Les "droits acquis" par l'exercice de la dissidence

Le juge Brossard applique la théorie des "droits acquis" aux conséquences de l'exercice de la dissidence:

"Le Tribunal est d'opinion que ce serait interpréter les législations et les arrêtés en conseil subséquents à 1867 de façon contraire à l'article 93 de la *Loi constitutionnelle* que de prétendre qu'ils ont eu pour effet de faire perdre aux dissidents les acquis résultant de l'exercice de leurs droits. Le Tribunal est d'opinion que les droits acquis résultent de l'exercice de la dissidence et qu'ils ne sauraient être non plus affectés de façon préjudiciable sans qu'il y ait atteinte à l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*"⁹⁹.

Cette question des droits acquis par l'exercice de la dissidence semble avoir été un des points centraux des motifs du juge Brossard. Ainsi à la page 57 de son jugement, il déclare:

"si l'intégration des 'classes de personnes' visées à l'article 93 dans le réseau des commissions scolaires communes pour catholiques et protestants a rendu inutile l'exercice du droit à la dissidence ou justifié le transfert de propriété de leurs écoles dissidentes déjà établies, ceci n'a pas eu pour effet de leur faire perdre leur droit à cette dissidence non plus que les droits qu'ils pouvaient avoir acquis en l'exerçant".

Le juge se réfère surtout aux réformes de 1971 et 1972 qui opéraient un regroupement des différentes commissions scolaires tant en province que sur l'Île de Montréal, en deux grands réseaux, l'un "pour catholiques" et l'autre "pour protestants".

Les corporations scolaires dissidentes se sont donc regroupées au sein de commissions scolaires de même allégeance confessionnelle et il y a eu transfert de leurs actifs et personnels aux nouvelles commissions scolaires.

D'après le juge Brossard, si les corporations dissidentes ne se sont pas élevées contre cette réforme, c'est que l'objection qu'elles auraient pu soulever devenait "académique", puisque l'essentiel de ce qu'elles voulaient préserver — la fréquentation d'une école de leur foi — était respecté. Notons au passage que les corporations dissidentes non seulement n'ont pas opposé de résistance, mais elles y ont consenti. La *Loi 3*, de l'avis du juge Brossard, vient modifier cette situation et cela de façon "préju-

98. *Supra*, note 19, p. 40.

99. *Supra*, note 6, p. 64.

diciable” au sens de l’article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, parce que tous les actifs des commissions scolaires existantes auxquelles s’étaient intégrées la plupart des corporations dissidentes sont transférés aux nouvelles commissions scolaires linguistiques *sans tenir compte de leur provenance originelle*. Selon le Tribunal, admettre qu’étant donné que les corporations dissidentes s’étaient volontairement regroupées en 1971 et 1972, elles ne pouvaient plus prétendre à aucun bien ou droit de propriété sur les immeubles transférés, équivaldrait à “dire que le législateur peut faire indirectement ce qu’il lui est interdit de faire directement”.

C’est pourquoi il conclut en ces termes :

“La simple spoliation d’actifs immobiliers construits ou acquis au fil des années par *ces classes de personnes* que constituaient les minorités, particulièrement les protestants, qui avaient dans le passé exercé leur dissidence accompagnée de la suppression pure et simple des réseaux confessionnels qui avaient dans le passé, servi d’équivalence en compensation pour les transferts d’actifs, suffisent dans l’opinion du tribunal, pour conclure que la loi en litige affecte de façon préjudiciable le droit à la dissidence”¹⁰⁰.

L’argument majeur du juge Brossard revient à dire ceci : à un certain moment se sont formées des corporations dissidentes; elles ont acquis des biens qui ont été payés à même les taxes payées par les individus faisant partie “d’une classe de personnes” déterminée; par la suite, au gré de diverses réformes, ces corporations dissidentes ont été, pour la majorité d’entre elles, intégrées à un réseau confessionnel de droit dans certain cas (Montréal en particulier) et de fait dans certains autres (ailleurs dans la province); le patrimoine qu’avait réussi à amasser la corporation dissidente s’est confondu et uni à celui d’autres commissions scolaires; ainsi la *Loi 3* en transmettant les biens de ces dites commissions scolaires à de nouvelles commissions scolaires linguistiques prive “cette classe de personnes” du patrimoine qu’avaient amassé les anciennes corporations dissidentes, les dépouillant ainsi de “droits acquis”. À notre avis, cette argumentation a de quoi surprendre.

Qu’entend-on généralement dans notre système juridique par la notion de “droits acquis”? La jurisprudence et la doctrine ont toujours considéré que les “droits acquis” sont ceux qui font partie d’un patrimoine et qui, de ce fait, sont à certains égards

100. *Id.*, p. 95.

protégés¹⁰¹. Pour qu'il y ait "droits acquis", il faut un patrimoine qui sert de support juridique à ces droits. Or, seules les personnes physiques ou morales peuvent avoir un patrimoine: il s'agit d'un attribut essentiel de la personnalité juridique. Ces droits acquis auxquels fait allusion le juge Brossard sont notamment le droit de propriété de certains biens ayant appartenu à une corporation dissidente. Juridiquement, c'est la corporation dissidente qui est propriétaire et non la "classe de personnes" qui s'est déclarée dissidente.

Lorsque disparaît la corporation dissidente propriétaire de ces biens et titulaire de nombreux autres droits, il y a forcément un transfert du patrimoine qui disparaît vers le patrimoine d'une autre personne juridique; ces droits ne peuvent pas rester en orbite ou dans un vacuum. Si la corporation dissidente disparaît par fusion avec une autre corporation majoritaire ou dissidente tous les droits passent forcément dans le patrimoine de la nouvelle corporation.

Par ailleurs, dans notre droit, la notion de droit acquis implique nécessairement l'idée d'un exercice effectif du droit ou des droits. Les tribunaux ont à plusieurs reprises statué que les droits acquis se perdent par abandon ou par cessation d'usage¹⁰². C'est pourquoi, outre l'exercice effectif des droits, le concept de droit acquis commande également que ce dernier ait été poursuivi de façon continue, sinon il paraît difficile de prétendre à son maintien.

Pour bien saisir la portée de l'article 93, il faut garder à l'esprit que cet article garantit les droits et privilèges prévus par la loi, lors de l'Union, à quelques "classes particulières de personnes". Il faut donc pour que la dissidence existe, qu'un groupe de personnes incarne à quelque moment cette "classe de personnes". Lorsqu'un groupe de personnes professant une foi non partagée par la majorité des citoyens d'une municipalité exerce sa dissidence, il y a par la loi création d'une corporation de syndicats, et cette corporation — non la classe de personnes — se voit attribuer par la *Loi de 1861* un droit de propriété sur les biens meubles et immeubles servant à des fins d'éducation. C'est

101. Voir MIGNAULT, *Droit civil canadien*, Tome 1, p. 69; *Syndics d'écoles protestantes d'Outremont c. Ville D'Outremont*, [1951] B.R. 677 confirmé par [1952] 2 R.C.S. 506.

102. *Montréal c. Distaulo*, [1965] R.T. 208 (C.S.); *Ouimet c. Montréal et l'espérance*, [1970] C.S. 537.

cette corporation de syndics qui est le titulaire et le support juridique nécessaire des biens, selon la *Loi de 1861*.

Au surplus, lorsque le groupe ayant exercé son droit à la dissidence a rejoint et s'est intégré, suite aux regroupements de 1971 et 1972, aux commissions scolaires pour protestants et pour catholiques, la "classe de personnes" minoritaire a disparu pour se fondre à la majorité. La dissidence perdait sa raison d'être puisque sans "classe de personnes" pour la revendiquer. Enfin, le patrimoine que détenait la corporation dissidente s'est intégré à celui des nouvelles commissions scolaires.

Selon le juge Brossard, ce patrimoine des écoles dissidentes aurait gardé un certain caractère propre; il y aurait une sorte de droit acquis que pourraient revendiquer les "classes de personnes" qui décident aujourd'hui de faire revivre leur dissidence, malgré la disparition des corporations de syndics initiales:

"Le Tribunal est d'opinion que ce serait interpréter les législations et les arrêtés en conseil subséquents à 1867 de façon contraire à l'article 93 de la *Loi constitutionnelle* que de prétendre qu'ils ont pour effet de faire perdre aux dissidents les acquis résultant de l'exercice de leurs droits"¹⁰³.

Mais la question qui se pose est de savoir comment les droits résultant de la dissidence peuvent être maintenus et devenir des "droits acquis" alors que la "classe de personnes" qui peut les revendiquer n'est plus identifiable parce qu'elle a décidé en quelque sorte de mettre en veilleuse son droit à la dissidence, ce qui implique une discontinuité dans l'exercice effectif et continu nécessaire à l'établissement d'un droit acquis.

De plus, il ne faut pas oublier que c'est la corporation de syndics qui détient la propriété des biens; cette corporation est une personne morale distincte que l'on ne doit pas confondre avec une "classe de personnes" protégée. Une telle identification aurait été possible durant une courte période où les syndics agissaient vraiment en tant que "fiduciaires" qui représentaient la classe de personnes, mais lorsqu'en 1845 on remplaça le mécanisme du "trust" par celui de la corporation¹⁰⁴, celle-ci fut dotée d'une personnalité juridique propre et c'est cette personne morale qui est devenue le support juridique des biens. Lorsqu'une telle corporation s'intègre dans une autre corporation ou personne morale publique, elle s'éteint et perd son identité. Même si le

103. *Supra*, note 6, p. 64.

104. *Supra*, note 15, p. 36.

droit à la dissidence subsiste et est protégé par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, c'est un groupe distinct qui peut s'en prévaloir et faire revivre la dissidence qui donnera lieu à la naissance d'une autre corporation de syndics.

Lorsqu'un groupe de dissidents se détache d'une commission scolaire et qu'est créée par la loi une corporation de syndics, cette "classe de personnes" qu'on appelle des dissidents ne peut comme groupe, prétendre à des "droits acquis" au motif qu'ils auraient contribué par leurs taxes à l'acquisition des propriétés de la corporation majoritaire dont ils se détachent. La loi pré-confédérative n'a absolument rien prévu à cet effet. De toute façon cette "classe de personnes", avant sa déclaration de dissidence, n'avait pas de patrimoine; elle avait collectivement le droit de se déclarer dissidente et rien d'autre. Le droit de dissidence est un droit collectif; c'est un droit politique *sui generis*. Il ne peut évidemment être perdu par son non-exercice. Ce n'est pas un droit patrimonial. Durant l'exercice de la dissidence, la corporation dissidente acquiert effectivement des droits patrimoniaux qui passeront à un autre patrimoine lorsque disparaît ladite corporation. Comment les dissidents qui s'intègrent à la majorité pourraient-ils prétendre conserver des droits patrimoniaux qui ne leur ont jamais comme tel appartenu et qui dorénavant appartiennent à la corporation majoritaire? Comment peut-on parler d'une protection constitutionnelle de tels droits acquis?

Le raisonnement que fait le juge Brossard pour arriver à la conclusion qu'il énonce, est juridiquement intenable. Il confond des droits de nature essentiellement différente pour les fins de sa démonstration.

Au terme de cette démonstration, le juge Brossard accuse, à toute fin pratique, le législateur d'abus de pouvoir ou d'abus de droits. En 1971-72, en créant des commissions scolaires "pour catholiques" et "pour protestants", il aurait incité les dissidents à abandonner leur corporation dissidente et à s'intégrer au groupe majoritaire; les biens des corporations dissoutes sont passés aux corporations majoritaires "pour catholiques" ou "pour protestants". Toutefois, ces corporations ne sont pas protégées par l'article 93 de la Constitution (sauf à Québec et Montréal bien entendu).

En 1985, en substituant par la *Loi 3* aux corporations majoritaires "pour catholiques" et "pour protestants" des corporations neutres, le législateur aurait fraudé les anciens dissidents. Il y aurait alors eu violation de l'article 93 de la Constitution. Le

résultat concret auquel on aboutit c'est de faire en sorte que les corporations majoritaires "pour catholiques" et "pour protestants" de 1971 et 1972 soient protégées par l'article 93. La confessionnalisation de 1971 et 1972 devient aussi constitutionnalisée, à toutes fins utiles!

Le juge Brossard souligne que ce processus de confessionnalisation est beaucoup plus ancien, de telle sorte que :

"certains des effets reprochés... à la *Loi 3*, en ce qui concerne les transferts d'actifs des corporations scolaires dissidentes, datent effectivement de 1971 et de 1972 et même de beaucoup plus tôt en plusieurs cas"¹⁰⁵.

Ceci explique que "les objections... des corporations dissidentes à leur transfert d'actifs et de personnels, lors d'annexions et d'intégrations devenaient jusqu'à ces certains points académiques"¹⁰⁶.

En acceptant même volontairement de cesser d'exercer leur dissidence, les corporations dissidentes auraient été en quelque sorte spoliées parce qu'en ayant exercé leur dissidence elles auraient acquis des droits dont l'exercice ne peut être "perdu, effacé, abrogé ou rendu nécessaire par les législations subséquentes à 1867 et antérieures à la loi en litige (*Loi 3*)"¹⁰⁷.

Même si la *Loi 3* avait prévu d'indemniser ces dissidentes pour atténuer le préjudice, cela n'aurait rien changé, suivant le juge Brossard :

"Dans le cas présent, ce n'est pas uniquement l'absence d'indemnité qui paraît importante mais bien la privation de la structure matérielle essentielle à l'exercice concret du droit à la dissidence. L'absence d'indemnité n'est qu'un accessoire"¹⁰⁸.

On aboutit donc toujours au même résultat: les corporations scolaires majoritaires qui n'étaient nullement protégées par l'article 93 de la Constitution en 1867, le sont devenues par le fait de législations provinciales postérieures à 1867, qui ont permis à des dissidents de renoncer volontairement à leur dissidence en consentant à l'abolition des corporations dissidentes dont ils auraient eu le bénéfice pendant un temps. Ce résultat dénature l'article 93 lui-même tel que l'ont interprété le Conseil privé dans de nombreux arrêts et la Cour suprême en décembre 1984.

105. *Supra*, note 6, p. 32.

106. *Id.*, p. 33.

107. *Id.*, p. 56.

108. *Id.*, p. 86.

4. LE PRÉJUDICE

Le juge Brossard déclare dans son jugement :

“Ce que la loi en litige affecte, si on réfère à ce qui précède, est non seulement l'exercice de droits et privilèges existants avant 1867 mais l'existence même de ces droits. Dans un tel cas, le préjudice de fait n'a pas à être prouvé car il découle *ipso facto* de cette atteinte à l'existence même du droit. (REFERENCE CONCERNING LANGUAGE RIGHTS UNDER SECTION 23 OF THE MANITOBA ACT, 1870...)”.

Toutefois, les pages 27 et 28 du jugement auxquelles réfère le juge ne font aucunement mention de la question de préjudice; tout ce qu'on y affirme c'est que l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, crée une obligation pour la législature manitobaine de procéder à l'adoption, l'impression et la publication des lois, et que ce faisant, il incombe au pouvoir judiciaire de protéger ces droits.

Un peu plus loin dans son jugement, le juge fait sienne l'affirmation du Conseil privé dans l'arrêt *Trustees of The Roman Catholic Separate Schools for Ottawa v. Ottawa Corporation et al.* où le Conseil privé déclarait :

“It was argued that no evidence on behalf of the appellant board had been called to prove that the withdrawal of their rights, powers, and privileges operated to their prejudice. In the opinion of their Lordships no such evidence was necessary”.

Dans cette affaire, la législature ontarienne avait promulgué une loi qui permettait au gouverneur en conseil de suspendre voire même supprimer en partie ou dans sa totalité, pour le temps qu'il estimerait nécessaire, les droits et les privilèges accordés aux dissidents catholiques romains. Mais le Conseil privé avait pris soin de spécifier antérieurement dans son raisonnement :

“The case before their Lordships is not that of a mere interference with a right or privilege, but of a provision which enables it to be withdrawn in toto for an indefinite time. Their Lordships have not doubt that the power so given would be exercised with wisdom and moderation, but it is the creation of the power and not its exercise that is subject to objection, and the objection would not be removed even though the powers conferred were never exercised at all”¹⁰⁹.

C'est dire que pour le Conseil privé il y avait préjudice implicite par le retrait dans sa totalité et pour un temps indéfini des droits et privilèges conférés par la loi à une “classe de per-

¹⁰⁹. [1917] A.C. 76, 81.

sonnes". Or, la *Loi 3*, comme nous le verrons, ne saurait à aucun moment être interprétée comme enlevant dans sa totalité un droit ou un privilège protégé par l'article 93.

5. LE RESPECT DES DROITS CONFESIONNELS CONSTITUTIONNALISÉS

Non seulement la *Loi 3* favorise-t-elle largement le maintien des valeurs de confessionnalité en les adaptant à notre époque mais prend le soin de sauvegarder les droits confessionnels constitutionnalisés. Ainsi l'article 478 édicte-t-il que:

"478. Rien dans la présente loi ne doit être interprété de façon préjudiciable aux droits et privilèges possédés, au moment de l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1867*, par des classes de personnes quant aux écoles confessionnelles".

On peut certes se demander pourquoi le législateur n'a pas ajouté "et aux écoles dissidentes" à l'article 478, étant donné qu'ailleurs dans la *Loi 3*, il distingue entre les commissions scolaires confessionnelles et dissidentes quant à leur désignation et à leur traitement¹¹⁰. C'est là un reproche que l'on pourrait formuler à l'endroit du législateur quoique la jurisprudence utilise le terme "confessionnelles" tant pour désigner les commissions scolaires dissidentes que les commissions scolaires communes de Québec et Montréal¹¹¹. De plus, l'article 29 de la *Charte canadienne* dit bien: "concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles...". Enfin, l'article 93(1) de la Constitution n'utilise que le terme "école confessionnelle" qui englobe nécessairement les écoles dissidentes.

Contrairement à la prétention du juge Brossard suivant laquelle

"il va de soi que, dans les circonstances, l'article 478 de la loi contestée (*Loi 3*) n'a aucune signification ni portée"¹¹²,

nous croyons que cet article 478 ne doit pas être lu isolément, mais doit être interprété avec l'ensemble des autres éléments de la loi de façon à lui donner la portée souhaitée par le législateur. Cette règle d'or en matière d'interprétation des lois a sou-

110. *Supra*, note 1, arts 479, 480 et 484.

111. Voir l'arrêt *Lavigne*, *supra*, note 12, p. 106 et l'arrêt *Hirsch*, *supra*, note 3, p. 254.

112. *Supra*, note 6, p. 94.

vent reçu l'aval de nos tribunaux¹¹³. Ainsi, il faut se référer aux autres parties de la loi susceptibles d'éclairer le sens de la disposition. À cet égard, l'article 479 de la *Loi 3*, est de nature à nous donner le sens et la réelle portée de l'article 478. L'article 479 se lit comme suit :

“Les commissions scolaires confessionnelles ou dissidentes visées à l'annexe D ou E ou toute nouvelle commission scolaire dissidente sont régies par la présente loi ainsi que par la *Loi sur l'instruction publique* pour les commissions scolaires confessionnelles et les communautés nordiques (C.R.Q. c. I-14) pour les dispositions à caractère confessionnel dans la mesure où la présente loi est incompatible avec ces dispositions”.

Curieusement, le juge Brossard, lorsqu'il traite du droit à la dissidence, à propos de la *Loi 3*, ne mentionne pas l'article 479 mais déclare plutôt à la page 79 de son jugement que seuls trois articles réfèrent de façon directe au droit à la dissidence, à savoir les articles 486, 647 et 649. Comment peut-il ainsi ignorer l'article 479 alors que c'est ce dernier qui exprime concrètement en quoi sont applicables certaines dispositions de la *Loi sur l'instruction publique* qui maintiennent les droits et privilèges protégés par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. C'est en appliquant le test de compatibilité proposé par l'article 479 et non autrement qu'on peut identifier dans quelle mesure la *Loi sur l'instruction publique* demeure applicable. Le législateur n'est pas censé parler pour ne rien dire.

Le juge Brossard a préféré confiner la protection accordée par le législateur aux commissions scolaires dissidentes à ce qu'exprime spécifiquement le premier alinéa de l'article 486 qui, comme le dit le juge lui-même :

“ne réfère quant à lui, qu'à la section II de la partie III de la *Loi sur l'instruction publique* qui ne couvre que le mode d'exercice de la dissidence et non son contenu”¹¹⁴.

Or, le deuxième alinéa de l'article 486 nous donne un aspect tangible de l'étendue de la différence de statut conférée par le législateur aux corporations scolaires dissidentes :

“Les personnes qui exercent leur droit à la dissidence ne sont plus sous la compétence d'une commission scolaire linguistique et, *sans restreindre la généralité de ce qui précède*, ces personnes ne peuvent participer à l'élection d'une commission scolaire linguistique ni être taxées par celle-ci.

113. A.G. c. *Prince Augustus of Hanover*, [1957] A.C. 436; R. c. *Valsis*, [1975] 2 R.C.S. 485.

114. *Supra*, note 6, p. 92.

La commission scolaire linguistique raie de sa liste électorale le nom de ces personnes¹¹⁵.

Cet alinéa deuxième de l'article 486, lu avec l'article 479, ne peut que nous conduire à la conclusion qu'on ne peut intégralement appliquer le régime des commissions scolaires linguistiques aux commissions scolaires dissidentes et qu'à certains égards, en ce qui a trait à leur statut confessionnel, il faut appliquer à ces dernières un régime particulier qui se retrouve dans la *Loi sur l'instruction publique*, comme nous l'indique l'article 479.

Comment alors conclure, comme le fait le juge Brossard:

“que c'est malheureusement uniquement dans la *Loi 3* en litige que l'on pourra dorénavant rechercher les pouvoirs des commissaires d'écoles dont les syndicats d'écoles dissidentes pourraient jouir”¹¹⁶.

Ce n'est donc pas uniquement dans la *Loi 3*, ni par le jeu des articles 647 et 649 de cette loi, comme le propose le juge Brossard¹¹⁷, qu'il faut chercher le régime applicable aux écoles dissidentes. C'est à la lumière de l'article 479, dans la *Loi sur l'instruction publique* quant aux dispositions à caractère confessionnel incompatibles avec le régime général prévu à la *Loi 3*.

Quel sens faut-il donner à l'expression “disposition à caractère confessionnel” de l'article 479 sinon celui qui concilie la volonté du législateur exprimée à l'article 478, à savoir les dispositions relatives à des droits et privilèges constitutionnalisés par l'article 93 de la Constitution. Or les droits constitutionnalisés, c'est-à-dire ceux existant en 1867, se trouvent dans de nombreux cas confirmés par les dispositions de la *Loi 3*: alors on appliquera la *Loi 3*. Si sur une question concernant les droits constitutionnalisés la *Loi 3* est incompatible avec le contenu de la *Loi sur l'instruction publique*, c'est cette dernière qu'il faut appliquer. S'il est question de droits ou pouvoirs non constitutionnalisés, parce qu'inexistants en 1867, tel, par exemple, le pouvoir relatif au transport scolaire, c'est la *Loi 3* qui s'applique. Ce n'est pourtant pas sorcier! En suivant cette règle d'interprétation, sont maintenus en faveur des dissidents, par exemple: le droit de visite pour les autorités religieuses de leur dénomination¹¹⁸; le droit

115. *Supra*, note 1, art. 486 al. 2.

116. *Supra*, note 6, p. 82.

117. *Id.*, p. 81.

118. L.R.Q., c. I-14, art. 23.

pour les dissidents d'élire leurs propres syndics d'école¹¹⁹; le droit d'imposer et de percevoir les taxes qui doivent être prélevées sur les seuls dissidents¹²⁰; le droit à l'autonomie financière quant aux budgets qui n'ont pas à être approuvés par le ministre de l'Éducation¹²¹. Quant à la propriété et la gestion des biens des écoles, le régime prévu à la *Loi 3* ne diffère pas sensiblement de ce qui était prévu dans la *Loi sur l'instruction publique*.

L'article 93 de la Constitution, qu'il faut interpréter et appliquer, pose comme exigence expresse que l'intervention législative, contestée cause un préjudice à la "classe de personnes" dont les droits et privilèges sont affectés ou modifiés. Cet article 93 ne pose pas un interdit absolu à toute intervention provinciale sur des matières ou objets qui ont rapport avec un droit ou un privilège garanti. C'est d'ailleurs ce qu'a noté avec justesse le juge Chouinard dans l'arrêt *Lavigne*¹²² en citant de longs extraits des arrêts *Barrett* et *Hirsch*.

L'interdiction n'existe en effet que dans la perspective où la mesure législative porte atteinte de façon préjudiciable à un droit ou à un privilège.

Quelle définition des termes "prejudicially affect" faut-il adopter? Dans l'arrêt *Barrett*, le juge Patterson de la Cour suprême du Canada avait adopté une interprétation assez large et englobante de ces termes; il déclarait en autres:

"est affecté de façon dommageable ('injuriously affected') si l'effet de la loi scolaire adoptée est de rendre plus difficile ou moins commode l'exercice de ce droit pour le plus grand avantage de son titulaire"¹²³.

Cette approche n'a guère reçu l'approbation du Conseil privé, qui lui a préféré une approche plus restrictive. Ainsi dans l'affaire *Tiny le Vicomte Haldane* fut d'avis qu'il n'existait pas de violation de l'article 93(1) même si "il peut arriver que les nouvelles Lois de l'Ontario gênent la liberté des catholiques romains dans leurs écoles confessionnelles"¹²⁴. Dans l'arrêt *Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation*, on disait:

119. *Id.*, art. 83.

120. *Id.*, art. 295.

121. *Id.*, art. 339 tel que modifié par l'article 10 de la *Loi 29*, voir *supra*, note 5.

122. *Supra*, note 12, p. 585.

123. *City of Winnipeg c. Barrett*, [1891] R.C.S. 374, 424.

124. *Supra*, note 11, p. 389, traduction de CHEVRETTE et MARX.

“It is possible that an interference with a legal right or privilege may not in all cases imply that such right or privilege has been prejudicially affected”¹²⁵.

Cette même position était en partie reprise dans l’arrêt *Tiny*:

“It may be that the new laws will hamper the freedom of the Roman Catholics in their denominational schools. They may conceivably be or have been subjected to injustice of a kind that they can submit to the Governor-General in Council, and through him to the Parliament of Canada. But they are still left with separate schools, which are none the less actual because the liberty of giving secondary and higher education in them may be abridged by regulation”¹²⁶.

Pour le Conseil privé, il n’existe donc pas toujours une adéquation entre l’atteinte et le préjudice. Ce n’est pas le statu quo que garantit cet article 93, mais bien le fait qu’il n’y aura pas de la part du législateur provincial une atteinte qui soit dommeable. Dans l’arrêt *Lavigne*, le juge Chouinard a été d’avis que l’obligation faite par la *Loi sur la fiscalité municipale* de tenir un référendum pour prélever toute taxe au-delà d’un certain plafond fixé par la *Loi* ne portait pas en soi un préjudice de nature à entraîner l’inconstitutionnalité de cette législation.

“Les commissions scolaires conservent le pouvoir de taxer sans limite sujet à soumettre la taxe à un référendum, dans certains cas, mais il n’a pas été démontré que celui-ci était impraticable et avait pour effet de nier le droit”¹²⁷.

Le juge Ledain, dissident, fut cependant d’avis contraire lorsqu’il déclara qu’à son avis on préjudiciait au sens du paragraphe 93 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, au droit que la loi conférait aux “classes de personnes” en question, à l’époque de la Confédération, d’assurer une assiette fiscale aux écoles confessionnelles en imposant l’obligation de tenir un référendum. Selon le savant juge, l’obligation de tenir un référendum porte préjudice à la gestion efficace des écoles confessionnelles selon les intérêts de l’ensemble de la “classe de personnes” parce que cette nécessité de tenir un référendum dans certaines circonstances rend tout à fait illusoire le pouvoir de taxer au-delà de la limite prescrite.

Toutefois, tous les juges de la Cour suprême furent d’avis que l’on portait préjudice aux droits de la “classe de personnes” mentionnée à l’article 93 (1) en permettant lors du référendum à

125. [1917] A.C. 76, 81.

126. *Supra*, note 11, p. 389.

127. *Supra*, note 12, pp. 594-595.

tous les citoyens de voter qu'ils soient ou non de la dénomination religieuse de la commission scolaire concernée.

Le préjudice, comme nous venons de le voir, ne signifie pas uniquement l'existence d'une atteinte, dont on infère automatiquement un préjudice. C'est pourquoi selon nous, le juge Brossard n'aurait pas dû inférer le préjudice, en se basant sur l'arrêt *Ottawa Separate Schools Trustees v. Ottawa Corporation*. Il aurait dû faire une lecture comparative des textes de 1861 avec le régime prévu par la *Loi 3* auquel s'appliquent les différentes dispositions de la *Loi sur l'instruction publique* puisqu'il peut exister des atteintes qui ne sont pas nécessairement défavorables ou préjudiciables. Or, le régime mis en place par la *Loi 3* est beaucoup plus favorable que ne l'était celui prévu par la *Loi de 1861*, ainsi que nous l'avons démontré précédemment.

6. LE SORT DES CORPORATIONS DISSIDENTES DANS L'ÎLE DE MONTRÉAL

Nous pouvons difficilement partager les inquiétudes du juge Brossard quant au sort des dissidentes sur l'Île de Montréal à cause de la juridiction du Conseil scolaire sur ce territoire.

En fait, si l'on adopte la position du juge concernant les territoires des commissions scolaires confessionnelles de Montréal, le problème des commissions scolaires dissidentes en rapport avec le Conseil scolaire ne se pose que sur l'aire géographique située en dehors du territoire actuel de la ville de Montréal. La seule réelle difficulté qui peut se poser quant au statut des dissidentes qui pourraient effectivement naître (ou renaître) sur le territoire, c'est que, contrairement à ce qui est prévu pour les commissions scolaires confessionnelles dans les lois 3 et 29¹²⁸, le législateur n'a rien prévu expressément quant au statut des commissions scolaires dissidentes qui éventuellement surgiraient sur l'Île de Montréal hors des limites actuelles de la ville de Montréal.

La *Loi 29*, amendant la *Loi 3* et la *Loi sur l'instruction publique*, a précisé le degré d'autonomie conféré aux deux commissions scolaires confessionnelles de l'Île de Montréal et ce, pour donner suite au jugement de la Cour suprême concernant la *Loi sur la fiscalité municipale*. Or, en ce qui concerne les commissions scolaires dissidentes, la *Loi 29* n'a rien précisé du moins pour l'application des dispositions de la *Loi 3*; à la lumière du

128. L.R.Q., c. E-8.1 et L.Q. 1985, c. 8.

jugement de la Cour suprême et des dispositions de la *Loi sur l'instruction publique* à l'égard des dissidentes, (qui demeurent en vigueur), il était clair qu'aucune difficulté ne se posait quant à l'autonomie des dissidentes sur le territoire de l'Île de Montréal. Nous privilégions cette interprétation car nous pouvons aisément inférer des dispositions de la *Loi 3* amendées par la *Loi 29*, que le législateur n'a pas soumis les dissidentes au contrôle exclusif et absolu du Conseil scolaire de l'Île de Montréal.

Pourtant le juge Brossard affirme que

“en vertu des articles 420 et 428 de la *Loi 3*, c'est le Conseil scolaire de l'Île de Montréal qui a les pouvoirs exclusifs d'emprunt et d'imposition; qui plus est, c'est le Conseil scolaire de l'Île de Montréal qui fixe lui-même le montant qu'il verse aux commissions scolaires et qui détermine lui-même la répartition du produit de cette taxe. Rien n'oblige à accepter les budgets des différentes commissions scolaires soumises à sa juridiction. Enfin, l'imposition d'une taxe foncière est assujettie aux mêmes limites et conditions nécessitant la tenue d'un référendum”¹²⁹.

Il est très clair qu'en vertu de la *Loi 3*, une commission scolaire dissidente ne peut être assimilée à une commission scolaire linguistique tout comme ne peut l'être, et ce de façon encore plus évidente, une commission scolaire confessionnelle. La distinction entre la dissidente et la linguistique apparaît clairement au second alinéa de l'article 486 de la *Loi 3*:

“Les personnes qui exercent leur droit à la dissidence ne sont plus sous la compétence d'une commission scolaire linguistique et, sans restreindre la généralité de ce qui précède, ces personnes ne peuvent participer à l'élection des commissaires d'une commission scolaire linguistique ni être taxées par celle-ci. La commission scolaire linguistique raie de sa liste électorale le nom de ces personnes”.

La personne morale agissant pour les dissidents ne peut donc pas être une commission scolaire linguistique mais une entité distincte, à savoir une commission scolaire dissidente¹³⁰.

Suivant l'article 420 de la *Loi 3*, le Conseil scolaire de l'Île peut emprunter à la demande d'une commission scolaire de l'Île de Montréal, pour les fins de celle-ci. Un tel emprunt doit être autorisé par le ministre de l'Éducation. Le deuxième alinéa de cet article, tel que modifié par l'article 32 de la *Loi 29*, précise que le Conseil exerce seul les pouvoirs des commissions scolaires linguistiques de l'Île de Montréal relatives aux emprunts dont le

129. *Supra*, note 6, p. 83.

130. *Supra*, note 1, arts 479, 484, 486, 494.2, 647 et 649.

terme de remboursement est supérieur à un an. Le second alinéa signifie que les commissions scolaires autres que linguistiques, donc confessionnelles et dissidentes, peuvent agir seules ou par l'intermédiaire du Conseil pour faire des emprunts comme peuvent le faire les commissions scolaires linguistiques lorsque le terme du remboursement est d'un an ou moins. Cette interprétation nous paraît la plus conforme à l'intention du législateur qui, par la *Loi 29*, a voulu conférer une pleine autonomie financière aux commissions scolaires confessionnelles :

"Donc, M. le Président, le projet de loi 29 a été modifié en conséquence. Les commissions scolaires confessionnelles de Montréal ont été réintroduites dans le conseil de l'île tout en leur conservant leur autonomie financière à laquelle elles ont droit en vertu du jugement. Elles pourront ainsi participer aux délibérations du conseil de l'île mais ne pourront voter que sur les matières pour lesquelles le conseil a compétence sur elles. Ces matières étant la péréquation pour les milieux défavorisés et, bien sûr, tous les autres programmes du conseil"¹³¹.

Comme le second alinéa de l'article 420 ne traite que des commissions scolaires linguistiques, les dissidentes jouiraient alors de la même autonomie que les confessionnelles.

Quant à la taxation, il n'est pas du tout certain que c'est le Conseil qui détermine le taux d'imposition pour tout le territoire de l'Île de Montréal. En effet, la *Loi 29* à son article 23 a prévu toute une nouvelle section relative aux commissions confessionnelles à inclure dans la *Loi sur l'instruction publique*. Il va de soi que ces dispositions ont un caractère confessionnel indiscutable et qu'à bien des égards elles sont incompatibles avec la *Loi 3*. Il en va ainsi de l'article 567.8 qui rend inapplicable aux commissions scolaires confessionnelles l'article 558 de la *Loi sur l'instruction publique* où il est prescrit que c'est le Conseil scolaire qui fixe le taux d'imposition sur l'Île de Montréal et qui stipule aussi que le taux de la taxe est le même pour tous les biens imposables dans l'Île de Montréal. Cet article 558 fut reproduit dans la *Loi 3* à l'article 429. Par le jeu de l'article 479, l'article 429 serait inapplicable aux commissions scolaires confessionnelles qui fixeraient elles-mêmes le taux de la taxe à être payée par leurs contribuables. Il faut étendre aux commissions scolaires dissidentes cette soustraction au pouvoir exclusif du Conseil, de déterminer le taux de la taxe et d'imposer tous les contribuables de l'Île de Montréal, compte tenu du fait qu'à l'article 428 de la *Loi 3*, il est prescrit que le Conseil peut imposer une taxe pour

131. *Journal des Débats*, 30 mai 1985, p. 3963 (Ministre François Gendron).

le paiement de ses dépenses ainsi que celles des commissions scolaires *linguistiques* de l'Île de Montréal, ce qui exclut les commissions scolaires dissidentes.

Il ne faut également pas laisser pour compte l'article 295 de la *Loi sur l'instruction publique* qui déclare que les syndicats des écoles dissidentes ont seuls le droit d'imposer et de percevoir les taxes qui doivent être prélevées sur les dissidents. Cet article, dont le caractère confessionnel ne peut faire de doute, est carrément incompatible avec le pouvoir que pourrait détenir le Conseil scolaire quant à la détermination de la taxe et l'imposition des dissidents suivants les articles 428 et 429 de la *Loi 3*. Il faut donc en conclure que l'article 295 reste en vigueur par le jeu de l'article 479 de la *Loi 3*.

Le juge Brossard prétend également que c'est le Conseil scolaire qui fixe lui-même le montant qu'il verse aux commissions scolaires et qui détermine lui-même la répartition du produit de cette taxe. Ceci est vrai mais uniquement en ce qui concerne les commissions scolaires linguistiques car l'article 36 de la *Loi 29* est venu préciser ce pouvoir du Conseil scolaire à l'égard seulement des commissions scolaires linguistiques auxquelles, ont l'a démontré plus haut, ne peuvent être assimilées les commissions scolaires dissidentes.

Quant à l'approbation des budgets, il est loin d'être évident qu'à ce chapitre les commissions scolaires dissidentes n'ont pas entière autonomie. Contrairement à ce qui était prévu dans la *Loi sur l'instruction publique* aux articles 546 et 519 à l'effet que les commissions scolaires sous la juridiction du Conseil scolaire devaient faire approuver leur budget par ce dernier, on ne retrouve aucune obligation de la sorte dans la *Loi 3*. Or, même si une telle obligation existait, il faudrait en soustraire les commissions scolaires confessionnelles et dissidentes. En effet, la *Loi 29* est venue modifier la *Loi sur l'instruction publique* en son article 339 pour y ajouter l'alinéa suivant: "Dans le cas des commissions scolaires confessionnelles et des corporations de syndicats d'écoles, l'approbation du budget par le ministre n'est pas requise". Et pour citer les termes du ministre Gendron:

"Si le ministre de l'Éducation n'a pas droit de regard sur le budget des commissions scolaires confessionnelles — il va sans dire que le législateur québécois ne peut attribuer à personne d'autre un tel droit de regard. Ceci signifie de façon très claire que les commissions scolaires confessionnelles de l'île de Montréal ne doivent pas être assujetties au contrôle du Conseil scolaire de l'île en matière budgétaire. On doit d'autant plus les soustraire à ce pouvoir du Conseil que nous devons nous assurer que

ces commissions scolaires sont contrôlées par une classe de personnes de leur dénomination religieuse¹³².

Bien sûr, lorsque le ministre dit qu'il s'agit des "confessionnelles", cela ne peut être qu'en opposition aux "linguistiques"; le raisonnement qu'il applique aux "confessionnelles" est tout aussi vrai pour les commissions scolaires dissidentes.

Et finalement, quand le juge affirme que l'imposition d'une taxe foncière est assujettie aux mêmes limites et conditions nécessitant la tenue d'un référendum, il réfère au récent jugement de la Cour suprême reconnaissant la validité de l'imposition d'un référendum :

"les commissions scolaires conservent le pouvoir de taxer sans limite sujet à soumettre la taxe à un référendum dans certains cas, mais il n'a pas été démontré que celui-ci était incompatible et avait pour effet de nier le droit"¹³³.

Les seules difficultés que soulevait le référendum étaient qu'en certains cas, tout électeur avait droit de vote, qu'il soit ou non de la même dénomination religieuse que la commission scolaire concernée. Effectivement, le problème se posait dans le cas de l'Île de Montréal si un tel référendum se tenait à la grandeur de l'Île. Or, ces difficultés ont été solutionnées par la *Loi 29* qui soustrait les deux commissions scolaires confessionnelles au pouvoir de taxation du Conseil scolaire et du même coup prévoit pour celles-ci un mécanisme propre pour l'imposition de leurs électeurs¹³⁴. Quant aux dissidentes, le problème ne se posait pas étant donné que la *Loi sur l'instruction publique* prévoit en son article 83 que les dissidents peuvent seuls voter à l'élection des syndicats d'école et que cette disposition est applicable à la tenue d'un référendum à l'extérieur de Montréal par l'article 567. Nous soumettons que les dispositions de la *Loi sur l'instruction publique* relatives aux dissidents ont indéniablement un caractère confessionnel et qu'elles sont incompatibles avec le régime général applicable aux commissions scolaires linguistiques prévu par la *Loi 3* et, par conséquent, s'appliquent aux commissions scolaires dissidentes par le jeu de l'article 479 de cette loi.

132. *Ibid.*

133. *Supra*, note 12, pp. 594-95.

134. Arts 3 et 23 de la *Loi 29*, *supra*, note 5, modifiant la *Loi sur l'instruction publique* et applicables à la *Loi 3* par le jeu de l'article 479.

CONCLUSION

La réforme scolaire entreprise depuis les années 80 n'en n'est pas à son premier soubresaut. Celui que provoque le jugement Brossard a inspiré un certain défaitisme. Nous ne sommes pas, quant à nous, pessimistes.

La Cour supérieure déclare la *Loi 3* inconstitutionnelle dans sa totalité pour deux motifs principaux qui sont d'ordre complètement différent et nettement distincts.

Premièrement, la Cour juge inconstitutionnel le réaménagement territorial opéré par la *Loi 3* dans le cas de Montréal et de Québec, parce que contraire à l'article 93 de la Constitution. Même si à sa face même le législateur provincial ou le gouvernement ont juridiction pour modifier le territoire des commissions scolaires, ce pouvoir est limité par l'effet de l'article 93 qui constitutionnalise certains droits existant à l'époque pré-confédérative. Il en résulte suivant la Cour 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 naturelles, objectives et logiques où l'on peut reconnaître les 'classes de personnes' visées à l'article 93"¹³⁵.

Le territoire municipal devient le critère de référence du territoire scolaire parce que les droits protégés des "classes de personnes" le sont en fonction de la structure juridique municipale. Cette thèse est à certains égards défendable parce que la loi pré-confédérative réfère incontestablement à la structure juridique municipale pour diverses fins, notamment à des fins de financement et de fiscalité. Toutefois, contrairement à ce qu'affirme le juge Brossard nous n'arrêtons pas la configuration territoriale au 21 décembre 1984, ce qui est en contradiction même avec la règle énoncée...

Si, sur ce point, le jugement nous paraît juridiquement acceptable, ceci ne veut pas dire que les solutions politiques et administratives qui devront être envisagées soient faciles. Il est inévitable qu'il y ait coexistence de commissions scolaires neutres et des commissions scolaires confessionnelles; les non-catholiques et non-protestants ont en vertu de la Charte un droit fondamental à un enseignement suivant leur liberté de conscience, c'est-à-

135. *Supra*, note 6, p. 59.

dire neutre. Comment s'aménageront ces trois ou quatre réseaux, il n'appartient pas à la Cour de le dire... fort heureusement! Nous préférons quant à nous jouer à l'autruche.

Sur un deuxième point, le jugement du juge Brossard nous paraît juridiquement inacceptable et indéfendable. Ce deuxième point porte sur la déclaration d'inconstitutionnalité de l'ensemble de la *Loi 3* parce que ce texte compromet l'existence et l'exercice du droit de dissidence constitutionnalisé par l'article 93.

Nous avons établi que dans ce jugement la Cour supérieure fait une application déviante des principes d'interprétation qui ont pourtant été énoncés par une jurisprudence non équivoque. Cette jurisprudence a reconnu la primauté de la compétence législative provinciale. Les privilèges et droits constitutionnalisés par l'article 93 ne doivent pas scléroser cette souveraineté législative en stéréotypant le système d'éducation à l'heure de 1867.

Cette attitude a conduit le juge Brossard à commettre un certain nombre d'erreurs d'interprétation qui faussent complètement la perspective dans laquelle il faut situer la *Loi 3*.

D'une part, il ne faut pas faire de la *Loi 3* le bouc émissaire de plusieurs modifications de la situation juridique des corporations scolaires survenues bien avant cette dernière *Loi*. D'autre part, l'article 93 de la Constitution de 1867 n'a pas pu constitutionnaliser des droits et pouvoirs qui n'existaient pas, en faveur des corporations scolaires, en 1867: c'est le cas par exemple du pouvoir d'emprunt, du pouvoir de taxer des corporations scolaires de Montréal et de Québec. Troisièmement, de nombreux pouvoirs appartenant aux corporations scolaires en 1867 étaient considérablement limités, tel le pouvoir d'acquérir des immeubles, de lever des taxes spéciales, certains pouvoirs relatifs au personnel, etc... Enfin, il y avait à l'époque pré-confédérative un partage des pouvoirs entre le niveau gouvernemental et le niveau local qui restreignait beaucoup plus qu'on l'a souvent laissé croire l'autonomie locale en matière administrative et pédagogique. Les attributions du Conseil de l'instruction publique et du Surintendant étaient beaucoup plus considérables que le laisse entendre la Cour supérieure.

Le plus important grief que relève le juge Brossard à l'endroit de la *Loi 3* est manifestement la prétendue suppression du droit à la dissidence et des "droits acquis" par l'exercice de la dissidence. Sur ce point crucial du jugement, nous sommes en désaccord avec les conclusions radicales qui découlent de l'analyse faite par le juge de l'état du droit en 1867, des garanties

offertes par la *Loi 3* et enfin de l'application des notions de "droits acquis" et de préjudice au cas sous étude.

Quant au droit à la dissidence, comme droit collectif, ainsi qu'aux droits et privilèges qui en découlent en faveur des corporations dissidentes ou confessionnelles, la *Loi 3* prend expressément la peine de les sauvegarder. Il est difficile de voir pourquoi le juge Brossard a refusé ou négligé de donner son plein effet aux articles 478 et 479 qui stipulent que la *Loi sur l'instruction publique* reste en vigueur dans la mesure où les dispositions de la *Loi 3* sont inconciliables avec le maintien des droits et privilèges constitutionnalisés par l'article 93 de la Constitution.

Un second argument majeur du juge Brossard au soutien de ses conclusions est qu'il y aurait des "droits acquis résultant de l'exercice de la dissidence" qui "acquièrent la même protection que le droit même à la dissidence". Nous avons démontré qu'il n'est pas juridiquement possible de recourir à la théorie des "droits acquis" dans un tel contexte. Les "droits acquis" sont nécessairement de nature patrimoniale. Or, lorsqu'une corporation dissidente s'éteint, son patrimoine est transféré à une autre entité juridique. On ne peut plus parler de maintien de "droits acquis" lorsqu'il y a abandon ou cessation d'usage de ces droits. La "classe de personnes" dissidente comme collectivité ne peut juridiquement être titulaire de "droits acquis" pendant le temps où cette classe réintègre la majorité après la disparition d'une corporation dissidente. Juridiquement cela est insoutenable.

Le résultat concret du recours à la théorie des "droits acquis" est de constitutionnaliser des droits, privilèges ou situations acquises par ou en vertu de législations postérieures à 1867, ce qui constitue une dénaturation de l'article 93 lui-même, tel que l'ont interprété le Conseil privé et la Cour suprême.

Nous en arrivons à la conclusion que la *Loi 3* respecte dans les grandes lignes les droits confessionnels constitutionnalisés. Qu'il y ait modification, réaménagement de pouvoirs ou d'attributions existant en 1867, cela n'en fait pas pour autant une loi inconstitutionnelle. L'article 93 de la Constitution parle d'atteinte préjudiciable aux droits constitutionnalisés. Ainsi à moins qu'il y ait abolition *in toto for an indefinite time*, il faudra qu'on démontre un préjudice: tel est l'état de la jurisprudence dominante. Certes, le juge Brossard en adoptant comme prémisse que la *Loi 3* supprimait le droit de dissidence ne s'est pas cru justifié de rechercher si l'on avait démontré un préjudice. Or, la *Loi 3* ne fait qu'affecter l'exercice du droit de dissidence.

Lorsqu'on étudie une législation d'envergure telle la *Loi 3*, on rencontre trois types de dispositions affectant ou modifiant les droits et privilèges constitutionnalisés.

Il y a premièrement les dispositions plus favorables. Ainsi la *Loi 3* comporte de nombreuses dispositions qui sont plus favorables aux corporations scolaires que ne l'étaient celles de la *Loi de 1861*; citons, par exemple, le pouvoir d'expropriation illimité, un pouvoir de réglementation clairement défini, un pouvoir d'emprunt qui n'existait pas avant 1867, etc...

Il y a deuxièmement des dispositions qu'on peut considérer comme neutres, en ce sens que ce qui est modifié est remplacé par quelque chose d'équivalent; ainsi, par exemple, la réglementation de l'enseignement religieux et le choix des manuels religieux est passé de l'autorité ecclésiastique aux comités confessionnels.

Il y a troisièmement des dispositions en apparence défavorables, mais sans rapport direct avec la confessionnalité ou n'ayant pas un degré suffisant d'impact sur la confessionnalité; ainsi a-t-on jugé que la réglementation de la langue d'enseignement est sans rapport direct avec la confessionnalité; de même pourrait-on dire que la gratuité scolaire ou la fréquentation scolaire obligatoire n'ont pas suffisamment d'impact sur la confessionnalité pour conclure qu'il s'agit de dispositions préjudiciables. Un réaménagement du partage des attributions en matière de régime pédagogique peut être considéré comme n'ayant pas un degré suffisant d'impact négatif sur la confessionnalité. Un réaménagement du pouvoir fiscal assujéti à la nécessité d'un référendum au-delà d'un pourcentage de 6% du budget a été considéré comme une disposition n'affectant pas de façon préjudiciable le pouvoir fiscal même si ce dernier est effectivement plafonné, sous réserve de l'approbation expresse des électeurs.

Si l'on fait la revue des dispositions législatives déclarées inconstitutionnelles depuis 1867, au regard de l'article 93, par la Cour suprême ou le Conseil privé, nous devons constater que les atteintes aux droits constitutionnalisés étaient ou bien flagrantes ou nettement préjudiciables. Les cas où l'on a eu gain de cause sont relativement peu nombreux. Dans l'arrêt *Hirsch*, en 1928, les dispositions par lesquelles le législateur intégrait des non-protestants (les juifs) au secteur protestant furent jugées inconstitutionnelles parce qu'elles affectaient les principaux droits découlant de la dissidence ou du statut de confessionnel. Dans l'affaire des écoles séparées de l'Ontario, en 1928, la loi ontarienne fut

jugée inconstitutionnelle parce qu'elle autorisait le transfert au gouvernement de nombreux pouvoirs qui appartenaient en propre aux corporations dissidentes avant 1867; ce transfert détruisait dans une large mesure toute autonomie locale. En 1984, enfin la Cour suprême considère que l'abolition du principe de la proportionnalité dans l'octroi des subventions gouvernementales avait un impact majeur sur l'existence même d'un droit constitutionnalisé d'une grande importance pour la survie des corporations scolaires.

Qu'il nous soit permis, avant de terminer, de souligner que les difficultés d'ordre sociologique, démographique, politique ou économique qui rendraient en 1985 l'exercice de la dissidence plus onéreux que c'était le cas avant 1867 n'ont rien à voir avec le débat strictement juridique soumis aux tribunaux.

Enfin, certains pourraient souhaiter une clarification de certains termes utilisés dans la *Loi 3*, à cause de la *Loi sur l'instruction publique*; ainsi une définition claire des termes "corporations confessionnelles", "corporations dissidentes" permettrait d'enlever toute ambiguïté notamment aux articles concernant le Conseil scolaire de l'Île de Montréal.

En terminant, nous croyons utiles de formuler une recommandation d'amendement qui pourraient être apportées à la *Loi 3* afin de rendre cette dernière plus conforme aux exigences de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il conviendrait de modifier l'annexe D de la *Loi 3* qui désigne le territoire des commissions scolaires confessionnelles suivant ce qu'il était en 1867. La modification serait à l'effet de mentionner que les territoires des commissions scolaires confessionnelles correspondent aux territoires actuellement sous la juridiction des villes de Montréal et Québec. Cette mention serait plus conforme au jugement du juge Brossard que la solution que ce dernier propose lui-même en arrêtant cette configuration territoriale au 21 décembre 1984.