CCE - 040M
C.P. - PL 96
Loi sur
la langue
officielle
du Québec
Version révisée

Mémoire relatif à la légalité constitutionnelle du projet de loi 96, et plus particulièrement de son article 159

Jean Leclair, professeur titulaire,
Faculté de droit, Université de Montréal

1. **L'étendue du pouvoir des provinces de contraindre les minorités linguistiques à parler la langue de la majorité**
    - 1.1. Le pouvoir des provinces de faire de la langue majoritaire la langue officielle et commune
    - 1.2. La validité des dispositions du projet de loi adopté par la province aux termes de ses compétences en matière linguistique
    - 1.3. La constitutionnalité de l'article 159 du projet de loi
    - 1.4. L'étendue du pouvoir du Parlement fédéral de légiférer en matière linguistique
2. **L'étendue du pouvoir des provinces de modifier leur propre constitution aux termes des lois constitutionnelles applicables**
    - 2.1. L'état actuel du droit constitutionnel relatif au pouvoir des provinces de modifier leur propre constitution
        - 2.1.1 Suprématie et enchâssement constitutionnels : quelques repères
        - 2.1.2. Enchâssement et suprématie en droit constitutionnel canadien
        - 2.1.3. L'interprétation judiciaire du pouvoir des provinces de modifier leur propre constitution
            - 2.1.3.1. La double nature de l'article 45 LC 1982
            - 2.1.3.2. Les limites au pouvoir attribué par l'article 45 LC 1982
    - 2.2. Le pouvoir d'une province de modifier le contenu et le texte de la LC 1867
        - 2.2.1. Le pouvoir d'une province de modifier le contenu et le texte de la LC 1867
            - 2.2.1.1. Le pouvoir d'une province de modifier le contenu de la LC 1867
            - 2.2.1.2. Le pouvoir d'une province de modifier le texte de la LC 1867 et de le renuméroter
        - 2.2.2. Le pouvoir d'une province d'insérer de nouvelles dispositions dans la LC 1867
            - 2.2.2.1. La thèse de H. Cauchon et P. Taillon
            - 2.2.2.2. Une critique de la thèse de H. Cauchon et P. Taillon
3. **Pourquoi une constitution? Pourquoi la supralégalité?**

Résumé des principales conclusions[1]

L'étendue du pouvoir des provinces de contraindre les minorités linguistiques à parler la langue de la majorité

*Les provinces sont en mesure, *dans l'exercice des compétences qui leur sont reconnues par l'article 92 de la LC 1867*, d'imposer l'usage de la langue de la majorité comme langue officielle et langue commune, dans la mesure où elles respectent le minimum garanti par les dispositions constitutionnelles figurant dans la LC 1867 et la LC 1982.

—Tous les articles du projet de loi 96, y compris les dispositions 90Q.1 et 90Q.2 prévues à l'article 159, peuvent validement être adoptés par le Québec en vertu de l'article 92 de la LC 1867.

—Les articles du projet de loi 96 ne portent pas atteinte à l'article 133 LC 1867 ou à l'article 23 LC 1982.

—Il existe toutefois de fort bons arguments pour soutenir que le droit de parler sa propre langue pourrait se qualifier de « droit ancestral » au sens de l'article 35 de la LC 1982. Si le gouvernement veut éviter une éventuelle contestation judiciaire de sa loi, il aurait tout intérêt à consulter et accommoder immédiatement les nations autochtones du Québec.

—Le gouvernement fédéral est compétent pour légiférer sur l'usage de la langue dans les secteurs de son ressort.

L'étendue du pouvoir des provinces de modifier leur propre constitution aux termes des lois constitutionnelles applicables

*Commentaires généraux :

—L'article 45 de la LC 1982 ne permet pas de modifier le partage des compétences.

•Pour relever de cet article, la norme modifiée doit se rapporter au champ constitutionnel provincial. En conséquence, une telle norme ne peut avoir d'effet *qu'à l'intérieur de l'ordre constitutionnel québécois, et pas ailleurs*.

[1] Je recommande aux non-juristes de ne lire que l'introduction, le point 1.1, les points 2.1.1 et 2.1.2, ainsi que le point 3 de ce mémoire. Cette dernière section résume en un paragraphe ou deux l'essentiel de la discussion technique développée dans les sections précédentes.

—Une province ne peut faire par l'article 45 LC 1982 ce qui relève d'une procédure de modification complexe.

—L'article 45 LC 1982 n'autorise pas l'adoption de dispositions contraires à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

—L'article 45 LC 1982 ne permet de modification qu'à l'ordre constitutionnel *provincial*. Il n'a pas le potentiel de modifier radicalement le rapport du Québec avec le reste du Canada. Cela dit, si on voulait le mobiliser pour modifier *l'ordre constitutionnel québécois lui-même*, alors son potentiel est important. On pourrait l'utiliser, par exemple, pour adopter une Constitution du Québec dont l'intégrité serait garantie par une procédure de modification complexe, et dont la primauté pourrait être assurée par l'introduction d'une disposition de suprématie analogue à l'article 52 de la *Charte québécoise*.

*Le pouvoir d'une province de modifier le contenu et le texte de la LC 1867

—Il ne fait aucun doute que les provinces peuvent modifier le *contenu* de certaines dispositions de la LC 1867.

—Les provinces ne peuvent modifier le texte et la numérotation de la LC 1867, ou y « insérer » de nouvelles dispositions.

—Ni le Parlement fédéral ni les assemblées législatives provinciales ne peuvent modifier le *texte* d'une loi adoptée par le Parlement britannique. Les formules de modification prévues par la Constitution du Canada autorisent simplement les nouveaux détenteurs du pouvoir constituant (dont l'identité varie selon les procédures prévues) à modifier le *contenu* des lois britanniques que sont, entre autres, la LC 1867 et la LC 1982, au moyen *proclamations* émises par le gouverneur général (dûment autorisées conformément aux procédures fixées aux articles 38, 41, 42 et 43 LC 1982 ou des *lois* fédérales ou provinciales autorisées par les articles 44 et 45 LC 1982).

*La fonction de la Partie V de la LC 1982 :

—La fonction de la Partie V de la constitution formelle du Canada est de protéger les normes les plus fondamentales *de l'alliance fédérale* contre *l'action unilatérale d'un partenaire de la fédération*. Cette partie vise à protéger le caractère fédéral de l'État canadien. Elle n'a pas pour vocation de limiter le pouvoir constituant qui s'exerce à l'intérieur de l'ordre constitutionnel provincial ou à l'intérieur de ce qui relève de la constitution interne du

gouvernement fédéral. Au contraire, elle prévoit clairement que ces matières relèvent du pouvoir exclusif —et donc unilatéral—des deux ordres de gouvernement (art. 44 et 45 LC 1982).

Dans cette perspective, les seules matières qui méritent la protection garantie par le par. 52(1) sont celles dont la modification requière la collaboration de plus d'un partenaire fédéral (art. 38, 41 et 43 LC 1982). Elles seules méritent d'être enchâssées. Et ce sont aussi les seules auxquelles il faut accorder une primauté sur les autres règles de droit, sinon un des partenaires fédéraux pourrait tenter de les contourner dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont reconnus par les articles 91 et 92 LC 1867 et 44 et 45 LC 1982.

La Constitution du Canada n'a rien à dire au sujet de la primauté qui doit être accordée à une norme constitutionnelle provinciale, puisque, par définition, une telle norme n'aura aucun impact sur les autres partenaires fédéraux.

Dans la mesure où une province agit dans le périmètre constitutionnel qui lui est reconnu, ce qui exclut toute forme d'intervention à l'égard de questions qui touchent les autres partenaires de la fédération, elle dispose du pouvoir souverain de choisir ce qu'elle veut inclure dans sa propre constitution. Et c'est à *elle* de déterminer si cette loi fondamentale provinciale mérite d'être protégée par une procédure de modification extraordinaire, et s'il est opportun de lui reconnaître une primauté sur les autres lois de la province.

<u>La validité constitutionnelle de l'article 159 du projet de loi</u>

*Les dispositions Q.1 et Q.2 *pourraient être adoptées dans une loi provinciale appelée Constitution du Québec en vertu de l'article 45 de la LC 1982*.

—Toutefois, Q2 ne pourrait être adoptée qu'à condition d'y ajouter la réserve suivante : « Dans le respect des droits prévus à l'article 133 LC 1867 et aux articles 23 et 35 de la LC 1982, le français est la seule langue officielle du Québec. »

—Si le gouvernement adoptait Q.2 tel quel, la disposition risquerait fort d'être déclarée inconstitutionnelle.

*Chose certaine, Q.1 et Q.2 ne s'appliqueront qu'à l'intérieur de l'ordre constitutionnel provincial québécois. Toute autre interprétation serait inconstitutionnelle.

—Puisque l'article 45 LC 1982 confère un pouvoir constituant provincial, il serait inconstitutionnel de prétendre que Q.1 puisse avoir un impact analogue à la clause de la « société distincte » qui figurait dans l'*Accord du Lac Meech.*

* Les dispositions Q.1 et Q.2 ne peuvent pas être « insérées » dans le texte même de la LC 1867.

—TOUTEFOIS, conclure qu'elles ne peuvent être intégrées à la LC 1867 ne signifie pas que 90Q.1 et 90Q.2 ne pourraient être adoptées en vertu de l'article 45 LC 1982. Cela signifie simplement qu'elles pourraient l'être en tant que simples dispositions législatives provinciales matériellement constitutionnelles (comme la *Charte québécoise des droits et libertés*), c'est-à-dire en tant que manifestation du pouvoir constituant « ordinaire » de la province. À ce titre, elles ne seraient pas investies d'un statut supralégislatif.

Pourquoi une constitution? Pourquoi la supralégalité?

*Si l'intention du gouvernement était vraiment d'affirmer haut et fort ce que les Québécois, entre eux, pour eux, estiment être au cœur de l'identité de la nation québécoise, alors ce n'est pas vers la constitution formelle du Canada qu'il devrait se tourner.

Un véritable acte d'auto-détermination ne devrait pas consister à fonder la supériorité des normes constitutionnelles québécoises sur le socle technique de la LC 1982 ou LC 1867. Il devrait résulter d'un acte purement québécois qui permettrait de fonder la supériorité de ces normes sur la volonté, non pas du parti majoritaire au pouvoir, mais du plus grand nombre de représentant.e.s de la nation.

*La vocation des constitutions écrites n'est pas simplement de « constituer » le peuple et le pouvoir étatique afin de faire face à l'ennemi. Il est indéniable que ce rôle a été historiquement fondamental. Mais, il ne faut pas oublier qu'elles remplissent aussi, depuis le 18^{e} siècle, la fonction de limiter le pouvoir que l'État peut exercer sur sa population. Or, les deux ordres de gouvernement —fédéral *et* québécois, possèdent un pouvoir de contrainte étendu sur la vie des membres de la nation québécoise. Et au moment même où l'on discute du projet de loi 96, le Québec vit une période marquée par une des plus grandes concentrations de pouvoir entre les mains d'un premier ministre et de son cabinet.

Mémoire relatif à la légalité constitutionnelle du projet de loi 96, et plus particulièrement de son article 159

Jean Leclair, professeur titulaire,
Faculté de droit, Université de Montréal

Les constitutions sont souvent présentées en termes grandiloquents, selon qu'on vante leur mérite pour exalter la communauté politique ou, au contraire, leur potentiel pour assurer l'égalité de tous et la justice pour tous.

Mais une fois dépoétisées, les constitutions —ou plutôt le droit constitutionnel— visent à accomplir deux choses : 1) à établir, c'est-à-dire à « constituer », le pouvoir étatique et 2) à limiter ce pouvoir en imposant des balises à son action, entre autres, sous la forme de droits individuels ou collectifs.

L'État, contrairement à toute autre personne ou organisme, est le seul à détenir un pouvoir de contrainte légitime sur autrui, le seul à pouvoir imposer des amendes et des peines de prison, le seul à posséder son corps de police. D'où l'importance d'une constitution pour encadrer les instances de pouvoir étatique et limiter leur emprise sur le corps social.

C'est dans cette perspective froidement rationnelle que j'entends examiner les questions constitutionnelles soulevées par le projet de loi 96 (« projet de loi.). Je ne me prononcerai pas sur l'opportunité ou la sagesse du projet de loi, sauf en conclusion lorsque je reviendrai sur l'idée de constitution comme miroir du contrat social d'une nation.

Dans un premier temps, j'aborderai l'étendue du pouvoir des provinces, en vertu du pouvoir que leur reconnaît l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (« LC 1867 »), de contraindre les minorités (francophones ou anglophones) à parler la langue de la majorité (1.) Je montrerai à cette occasion que le projet de loi n'enfreint ni le partage des compétences ni, sauf exception, les articles 133 LC 1867 et 23 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (« LC 1982). Je soutiendrai également qu'en déplaçant l'article 159 du projet de loi dans la Charte de la langue française augmenterait ses chances d'être jugé valide. Par la suite (2.), c'est l'étendue du pouvoir des provinces de modifier leur propre constitution aux termes de l'article 45 LC 1982 qui retiendra mon attention. Ma démarche consistera à décrire l'état actuel du droit relativement au pouvoir constituant des provinces, c'est-à-dire celui qu'elles ont de modifier leur propre constitution. Après avoir rappelé ce qui est traditionnellement entendu par les notions de « suprématie (ou primauté) de la constitution » et d'« enchâssement », j'expliquerai comment la Partie V de la LC 1982 reflète cette vision des choses, et qu'il en va de même de l'interprétation judiciaire donnée au par. 92(1) LC 1867 —l'ancêtre de l'article 45 LC 1982. Ceci m'amènera ensuite à exposer les limites du pouvoir constituant provincial. Ce dernier, comme je l'explique n'est pas une boîte à phantasmes. C'est dans cette partie que j'examinerai la légalité constitutionnelle de l'article 159 du projet de loi. D'après moi, légèrement remanié, il pourrait validement figurer dans une loi provinciale intitulé Constitution du Québec. Toutefois, et ce sera l'objet de la section 2.2., je soutiendrai que, même si une province peut modifier le contenu de certaines dispositions de la LC 1867, elle ne peut en modifier le texte ou y « insérer » quoi que ce soit. C'est vers l'opinion de Me Hubert Cauchon et du

professeur Patrick Taillon sur laquelle s'appuie le gouvernement que je tournerai alors un regard critique, en dénonçant les limites de leur interprétation « littérale » de la LC 1982.[2] En conclusion (3.), c'est à la théorie constitutionnelle et démocratique au fondement de cette interprétation littérale que je m'en prendrai. J'essayerai de montrer, en particulier, que la posture gouvernement fait de l'adoption et de la modification du droit constitutionnel québécois, une matière où le peuple québécois lui-même et ses représentants ne jouent presque aucun rôle significatif.

1. L'étendue du pouvoir des provinces de contraindre les minorités linguistiques à parler la langue de la majorité

Le projet de loi a pour objectif de redorer le blason de la langue française, et la conséquence de limiter l'usage d'autres langues, en particulier l'anglais, dans certains domaines particuliers. Pour en évaluer la légalité constitutionnelle, il faut donc s'interroger sur la capacité d'une province de réglementer l'usage des langues sur son territoire.

1.1. Le pouvoir des provinces de faire de la langue majoritaire la langue officielle et commune

La réalité juridique dépoétisée est la suivante : les provinces sont en mesure, dans l'exercice des compétences qui leur sont reconnues par l'article 92 de la LC 1867, d'imposer l'usage de la langue de la majorité à leurs minorités linguistiques, dans la mesure où elles respectent le minimum garanti par les dispositions constitutionnelles figurant dans la LC 1867 et la LC 1982, c'est-à-dire les articles 133 LC 1867 et les articles 16 à 23, et 35 de la LC 1982. Dans le respect de ces dispositions, elles sont en mesure d'imposer la langue de la majorité comme langue officielle et langue commune.[3]

Ce raisonnement revient à reconnaître que les provinces ne sont tenues qu'au respect du minimum requis par les droits explicitement reconnus par la Constitution. Avec raison, certaines personnes se désolent de cette réalité.[4] J'en conviens. Je nous aimerais plus généreux, mais la réalité brutale, c'est que le droit constitutionnel canadien, tel que je viens de le décrire, est parfaitement clair. La dénonciation enflammée du projet de loi par plusieurs commentateurs et juristes du Canada anglais témoigne d'une méconnaissance de la réalité des minorités francophones hors Québec, en particulier du sort réservé récemment

---

[2] Leur interprétation fort subtile est reproduite dans « La constitution formelle des États fédéral et fédérés au Canada », dans Dave Guénette, Patrick Taillon et Marc Verdussen (dir.), *La révision constitutionnelle dans tous ses états*, Montréal/Bruxelles, Éditions Yvon Blais (Thomson Reuters)/Anthemis, 2020, p. 273-309.

[3] Que le pouvoir du Parlement fédéral soit plus étroit que celui des provinces en cette matière (en raison notamment des paras 16(1) et 20(1) ne change rien à l'affaire.

[4] Tom Mulcair, « A sneak attck on language rights », *Macleans*, le 26 mai 2021: "There is a constant whittling away of the status of French and of French-language institutions throughout Canada and all Canadians should be aware of it and demand their governments help to right that wrong. The most recent heartbreaking example is the scuppering of key French-language programs at Laurentian University in Sudbury leaving many francophone Masters and PhD students high and dry. […]. That type of continuing tragedy for the French minority in Canada is correctly pointed to as *deux poids deux mesures* when comparing the institutions of the English in Quebec and the French outside Quebec. The essential question for our country's future is this: do we want to aspire to greater rights for all Canadians or are we going to simply level things downwards, to the lowest common denominator? »

par l'Alberta et la Saskatchewan à leurs minorités de langue française.[5] En fait, ce que certains Canadiens anglais n'ont jamais compris, c'est que ce ne sont pas les « nations » qui peuvent contraindre les minorités, mais bien les majorités, quel que soit le nom qu'on leur donne. Si la loi est l'expression de la volonté générale, il faut entendre par là qu'elle est l'expression de la volonté de la majorité. Ceux qui croient le contraire doivent encore compter sur la venue du Père Noël le 25 décembre. Si la plupart des provinces ont maintenant légiféré pour offrir certains droits à leur minorité francophone, ou développé des politiques de services en français, cela ne suffit nullement pour contrer les pressions assimilatrices. De plus, ces avancées sont trop souvent le fruit de batailles juridiques longues, pénibles et coûteuses dont personne ne ressort véritablement gagnant. Une chose est certaine toutefois : même si certaines provinces se sont montrées plus généreuses que d'autres, il demeure que les majorités provinciales, que ce soit par action ou par omission, ont pu imposer leur langue comme langue officielle. Elles l'ont fait, parce que le droit constitutionnel canadien les y autorise, sous réserve du respect de certaines garanties solidement enchâssées dans la constitution formelle, garanties qui ne sont pas les mêmes d'une province à l'autre.[6]

La Cour suprême, à deux reprises[7], a rappelé que, sous réserve de ces garanties, une province est parfaitement libre de retirer des droits reconnus à ses minorités linguistiques. En agissant ainsi, une province se trouve à faire de la langue majoritaire, la langue officielle et commune de la province.

Dans *Mercure*, la Cour devait décider si l'équivalent législatif de l'article 133 LC 1867 qui figurait dans une loi préconfédérale pouvait validement être abrogé par la province de la Saskatchewan. La chose, arguait-on, était maintenant impossible au motif que toute modification de cette loi préconfédérale exigeait, depuis 1982, l'intervention du Parlement fédéral aux termes de l'article 43 LC 1982. Voici comment la Cour a rejeté cet argument :

> En l'espèce toutefois, il y a cette différence importante que *l'art. 110, contrairement à l'art. 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba, n'est pas enchâssé dans la Constitution*, de manière que la nouvelle adoption, l'impression et la

[5] Les références au nazisme, avant même d'être une insulte faite à l'intelligence de qui que ce soit, sont une insulte à la mémoire des souffrances sans nom subies par les Juifs au cours de la Deuxième Guerre mondiale. Je recommande tout particulièrement à Me Anne-France Goldwater la lecture suivante : Timothy Snyder, *Black Earth. The Holocaust as History and Warning*, Tim Duggan Books, 2016.

[6] Les garanties constitutionnelles opposables aux provinces en matière linguistique sont les suivantes. L'article 133 LC 1867 prévoit : « Dans les chambres du parlement du Canada et les chambres de la législature de Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif; mais dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par-devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada qui seront établis sous l'autorité de la présente loi, et par-devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de Québec, il pourra être fait également usage, à faculté, de l'une ou de l'autre de ces langues. Les lois du parlement du Canada et de la législature de Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues. » L'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, 33 Vict. c. 3 (confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1871*, 34-35 Vict. c. 28 (R.-U.) prévoit la même chose pour le Manitoba. Des protections analogues, mais plus généreuses, sont garanties au Nouveau-Brunswick par les par. 16(2), 16.1, 17(2), 18(2), 19(2) et 20(2) LC 1982. Enfin, les droits à l'instruction dans la langue des minorités sont garantis à la grandeur du pays par l'article 23 LC 1982.

[7] *R.* c. *Mercure*, [1988] 1 RCS 234 et *Caron* c. *Alberta*, [2015] 3 RCS 511.

> publication de toutes les lois provinciales ou le recours à l'art. 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne constituent pas les seules solutions possibles. L'Assemblée législative a le pouvoir de modifier sa constitution par voie législative ordinaire, mais ce faisant elle doit respecter le mode et la forme requis par la loi qui est, pour le moment, en vigueur. Cela requiert, nous l'avons vu, que cette loi soit adoptée, imprimée et publiée en français et en anglais. *Par conséquent, l'Assemblée législative peut avoir recours à l'expédient manifeste, voire même ironique, de l'adoption d'une loi bilingue abrogeant les restrictions que lui impose l'art. 110, puis déclarant valides toutes les lois provinciales nonobstant le fait qu'elles aient été adoptées, imprimées et publiées en anglais uniquement.*[8]

C'est ce que la province s'est empressée de faire, en abrogeant les garanties historiques en matière de bilinguisme des lois et d'emploi du français devant les tribunaux pour les remplacer par des mesures beaucoup moins généreuses.[9] La Cour suprême a par la suite confirmé que la province de l'Alberta possédait un pouvoir analogue de restreindre l'usage de la langue française à l'intérieur des limites des pouvoirs qui lui sont reconnus par l'article 92 de la LC 1867.[10] Parmi les Canadiens anglais qui aujourd'hui s'émeuvent et sanglotent, combien se sont alarmés du sort fait à ces minorités de langue française?

Ce pouvoir potentiel des provinces d'imposer la langue de la majorité comme langue officielle et commune est d'ailleurs inscrit dans le cœur même du compromis de 1867.[11] On l'oublie trop souvent, mais la fédération canadienne est à la fois le fruit d'une agrégation et d'une désagrégation, d'une union et d'une désunion. Il est vrai que les constituants de 1867 entendaient établir une nouvelle « nation » fondée sur *l'union* d'anciennes colonies se départant d'une partie de leur souveraineté au profit d'un ordre fédéral. Toutefois, ces mêmes politiciens pragmatiques entendaient également procéder à la *dissolution* de l'union législative qu'était la Province du Canada-uni pour en faire deux entités fédérées distinctes, renouant ainsi en partie avec la réalité constitutionnelle qui avait prévalu sous le régime de la Constitution de 1791. Cette dimension du projet fédéral consacrée par la Constitution de

---

[8] *R.* c. *Mercure*, [1988] 1 RCS 234, 280-281 (je souligne.)

[9] *Loi linguistique*, S.S. 1988-89, c. L-6.1.

[10] *Caron* c. *Alberta*, [2015] 3 RCS 511, 2015 CSC 56 (CanLII) et *Loi linguistique*, SA 1988, c L-7.5 maintenant RSA 2000, c L-6. Dans cette affaire, les juges Cromwell et Karakatsanis, s'exprimant au nom de la majorité, affirment (par. 5) : « Bien entendu, il ne fait aucun doute que la dualité linguistique et les droits linguistiques, en ce qui a trait au français et à l'anglais, sont profondément enracinés dans notre histoire et reflètent les principes fondamentaux que sont le constitutionnalisme et la protection des minorités. Ils appartiennent à l'essence même du Canada. Comme la Cour l'a souvent réitéré, il nous incombe de nous « efforcer particulièrement de rester fidèles à l'esprit et à l'objet des droits linguistiques » (*R.* c. *Mercure*, [1988] 1 RCS 234, 269, citant *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education* [1986] 1 R.C.S. 549, p. 564). Toutefois, la Cour doit également garder à l'esprit que le fédéralisme, un autre principe constitutionnel fondamental, doit reconnaître la large mesure d'« autonomie dont les gouvernements provinciaux disposent pour assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 58). Nous devons rester également fidèles à l'esprit et à l'objet de tous ces principes constitutionnels fondamentaux. »

[11] À ce propos, voir Jean Leclair, « *Pierre Elliott Trudeau : une pensée fédérale marquée au fer de l'antinationalisme* » dans Jean Leclair (et Noura Karazivan) (dir.), *The Political and Constitutional Legacy of Pierre Elliott Trudeau — L'héritage politique et constitutionnel de Pierre Elliott Trudeau*, LexisNexis, Toronto, 2020, 37-76.

1867 permet de comprendre, sans même avoir à recourir à une quelconque théorie du pacte, de quelle manière le pouvoir allait être structuré en matière linguistique dans la future fédération.

En divisant l'ancienne Province du Canada-Uni en deux provinces, les constituants ont institutionnalisé le pouvoir collectif de telle sorte qu'à l'échelle provinciale un *demos* majoritaire francophone s'imposerait au Québec, alors qu'un *demos* majoritaire anglophone dominerait dans toutes les autres juridictions provinciales. Et c'est aux provinces que serait confié le pouvoir de développer leurs propres politiques linguistiques, et même d'imposer une langue officielle et une langue de communication publique dans les limites de leurs compétences (art. 92 LC 1867) et de leurs frontières, sous réserve des droits scolaires et linguistiques prévus par les articles 93 et 133 LC 1867.[12] La Cour suprême le rappelait encore récemment : « En l'absence d'une garantie consacrée, les provinces ont le pouvoir de décider la langue ou les langues qu'elles utiliseront pour légiférer. »[13] Elles détiennent également le pouvoir de réguler tous les autres usages des langues minoritaires qui ne bénéficient pas d'une protection constitutionnelle. Dès 1867, les politiciens fédéraux et provinciaux se sont même entendus pour interdire le recours au pouvoir de désaveu du gouvernement central en matière linguistique.[14] Et, comme je l'ai noté plus haut, les provinces du Manitoba, de la Saskatchewan et de l'Alberta ne se sont pas gênées pour imposer la langue anglaise aux minorités francophones dans les domaines relevant de leurs compétences, et parfois dans l'irrespect le plus total des garanties prévues par les articles précités.[15]

Autrement dit, les constituants de 1867 ont pris acte d'une absence de bilinguisme sociologique à l'échelle du pays, et, en divisant la Province du Canada-Uni en deux, ils ont sciemment accordé une dimension *normative et constitutionnelle* au fait que les provinces seraient « sociologiquement » marquées par des *demoï* majoritaires francophone au Québec et anglophones ailleurs.[16] Ainsi, était inscrite dans l'ADN de la Constitution de 1867 la dualité fondamentale que dénoncera Pierre-Elliott Trudeau, c'est-à-dire une

[12] Et des autres dispositions constitutionnelles mentionnées dans la note 6. Il faut noter toutefois que l'art. 93 LC 1867 ne reconnaissait que des droits scolaires et non des droits linguistiques : *Ottawa Separate Schools Trustees* c. *Mackell*, [1917] A.C. 62 (C.J.C.P.).

[13] *Caron* c. *Alberta*, [2015] 3 RCS 511, 2015 CSC 56 (CanLII), para 103; voir également *Jones* c. *Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 RCS 182, 197.

[14] Linda Cardinal, « La judiciarisation de la politique, les droits des minorités et le nationalisme canadien », (2005) 13:3 & 14:1 *Forum constitutionnel* 60, 61.

[15] Aux affaires mentionnées plus haut, il faut en effet ajouter le triste sort fait à la minorité francophone manitobaine. Voir à ce propos, *Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba*, 1985 CanLII 33 (CSC), [1985] 1 RCS 721.

[16] Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, au para 59, la Cour affirme d'ailleurs : « Le principe du fédéralisme facilite la poursuite d'objectifs collectifs par des minorités culturelles ou linguistiques qui constituent la majorité dans une province donnée. C'est le cas au Québec, où la majorité de la population est francophone et qui possède une culture distincte. Ce n'est pas le simple fruit du hasard. La réalité sociale et démographique du Québec explique son existence comme entité politique et a constitué, en fait, une des raisons essentielles de la création d'une structure fédérale pour l'union canadienne en 1867. […] La structure fédérale adoptée à l'époque de la Confédération a permis aux Canadiens de langue française de former la majorité numérique de la population de la province du Québec, et d'exercer ainsi les pouvoirs provinciaux considérables que conférait la *Loi constitutionnelle de 1867* de façon à promouvoir leur langue et leur culture. »

communauté fédérale-nationale bilingue, coexistant avec des communautés provinciales où l'intégration se ferait sur fond de langue anglaise dans neuf d'entre elles (dans le respect des droits linguistiques de la minorité francophone —là où une telle protection existe) et une communauté provinciale où elle se ferait sur fond de langue française (dans le respect des droits linguistiques de la minorité anglophone).

En somme, dans le respect des droits par ailleurs garantis par la Constitution à la minorité linguistique anglophone, le Québec a le pouvoir de recourir à la loi pour imposer la langue française comme langue de communication et de délibération publique, et comme langue officielle. Il est intéressant de noter que Pierre-Elliott Trudeau lui-même était parfaitement au courant de ce pouvoir reconnu aux provinces.[17] En 1977, il s'opposera même aux demandes qui lui seront faites de désavouer la *Charte de la langue française*.[18]

1.2. La validité des dispositions du projet de loi adopté par la province aux termes de ses compétences en matière linguistique

Un examen des dispositions du projet de loi, lu en corrélation avec les dispositions actuelles de la *Charte de la langue française*, m'amène à conclure qu'il a été soigneusement rédigé de manière à ne viser que des secteurs de compétence provinciale. Le projet de loi impose l'usage de la langue française dans les domaines suivants : législation et justice, administration publique, ordres professionnels, travail, commerce et affaires locaux, contrats, publicité commerciale, et enseignement. La province est entièrement compétente, aux termes des paragraphes 4, 13, 14 et 16 de l'article 92 LC 1867 et de l'article 93 LC 1867 pour adopter des lois dans ces secteurs.[19] À ma connaissance, aucune des dispositions proposées n'empiète sur une compétence fédérale ou sur une entreprise fédérale quelconque.[20] Il ne remet aucunement en question le fait que « le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada et qu'ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada » (par. 16(1) LC 1982). Enfin, comme toute autre loi, le projet de loi 96 bénéficiera de la présomption de constitutionnalité. En d'autres mots, ce sera à ceux qui le contestent de faire la démonstration de son inconstitutionnalité.

---

[17] Dans « Le Québec et le problème constitutionnel » dans *Le fédéralisme et la société canadienne-française*, Éditions HMH Montréal, 1967, 7-59 : 57, il reconnaît qu'au niveau provincial, « [e]n principe, seule la langue de la majorité sera officielle. »

[18] Pierre Elliott Trudeau (avec la collaboration de Ron Graham), *Trudeau : l'essentiel de sa pensée politique*, Le Jour éditeur, Montréal, 1998 : 143; Henri Brun, Guy Tremblay, Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel,* 6e édition, Yvon Blais, 2014, para VI.1.65.

[19] *Devine* c. *Québec (Procureur général)*, 1988 CanLII 20 (CSC), [1988] 2 RCS 790, 807-808.

[20] Il serait inconstitutionnel pour la province d'imposer expressément aux entreprises dites « fédérales » de respecter la *Charte de la langue française*. Toutefois, si le Parlement s'abstient de réglementer sur la question de la langue de travail dans ces entreprises, il est possible de soutenir que la *Charte de la langue française*, en tant que loi d'application générale, puisse s'y appliquer. Des arguments fort habiles ont été avancés pour soutenir un tel argument : David Robitaille et Pierre Rogué, « La Charte de la langue française : une entrave aux activités essentielles des entreprises privées de compétence fédérale au Québec? » (2013) 43 R.D.U.S. 646; Ghislain Otis et David Robitaille, « L'inapplicabilité de la Charte québécoise des droits aux entreprises fédérales : mythe ou réalité? » (2017) 47 *Revue générale de droit* 77–117.

En outre, la rédaction soignée du projet me porte à conclure que la majorité de ses articles n'attentent pas à l'article 133 LC 1867 ou à l'article 23 LC 1982. Contrairement à d'autres garanties constitutionnelles comme la liberté d'expression et de religion, les articles 133 LC 1867 et 23 LC 1982 comportent un très grand degré de précision qui permet d'en délimiter assez clairement la portée, même si les tribunaux ont rappelé l'importance de leur donner une portée généreuse.[21] Ainsi, l'article 133 LC 1867 ne garantit l'usage de l'anglais que dans le domaine parlementaire, législatif et judiciaire. Ce n'est pas une reconnaissance tous azimuts du bilinguisme. Or, comme on vient de le dire, les secteurs visés par le projet de loi ne visent pas ces matières.

Cela dit, l'article 5 du projet de loi propose d'introduire dans la *Charte de la langue française* un nouvel article 7.1 qui prévoirait ceci : « En cas de divergence entre les versions française et anglaise d'une loi, d'un règlement ou d'un autre acte visé au paragraphe 1° ou 2° de l'article 7 que les règles ordinaires d'interprétation ne permettent pas de résoudre convenablement, le texte français prévaut. » Au premier regard, cette disposition semble entrer en conflit direct avec l'affirmation de la Cour suprême selon laquelle l'article 133 LC 1867 « exige que les lois de la législature du Québec soient adoptées dans les deux langues officielles, *qu'elles fassent pareillement autorité et qu'elles aient le même statut.* »[22] Je ne pense pas que ce soit le cas.

Il importe de rappeler que l'article 5 du projet de loi propose également d'introduire dans la *Charte de la langue française* un nouvel article 8 qui déclare que seuls les règlements non assujettis à l'article 133 doivent être adoptés uniquement en français.[23] C'est donc dire que, si on garde à l'esprit les paragraphes 1 et 2 de l'actuel article 7 de la *Charte de la langue française*, le législateur ne remettait pas en doute que l'ensemble des autres normes devaient respecter l'article 133 LC 1867. Il est donc difficile de lui imputer l'intention d'avoir voulu contrevenir à l'article 133 en adoptant l'article 7.1.

On peut donc faire une lecture constitutionnelle de cet article qui se déploierait comme suit : 1) il ne fait pas de doute que, comme l'exige l'article 133 LC 1867, les versions française et anglaise des normes (autres que les règlements visés à l'article 8) doivent se voir accorder le même statut et la même autorité; 2) or, c'est en appliquant les règles ordinaires d'interprétation qu'on peut honorer cette exigence; 3) toutefois, si, dans l'application de ces règles, il est impossible de dégager un sens commun aux deux versions, ou un sens qui s'harmoniserait le mieux avec l'objet du texte de loi une fois celui-ci replacé dans le contexte plus général de la loi en son entier; 4) alors, on peut appliquer l'article 7.1. En d'autres termes, cet article s'appliquerait uniquement quand les juges, *après avoir*

---

[21] *Proc. Gén. du Québec* c. *Blaikie et autres*, 1979 CanLII 21 (CSC), [1979] 2 RCS 1016 et *Procureur général du Québec* c. *Blaikie et autres*, 1981 CanLII 14 (CSC), [1981] 1 RCS 31.

[22] *Doré* c. *Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, 879 (mes italiques).

[23] « Les règlements et les autres actes de nature similaire auxquels ne s'applique pas l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867, tels que les règlements municipaux, doivent être rédigés, adoptés et publiés exclusivement en français. »

appliqué les règles ordinaires d'interprétation de dispositions bilingues, n'arrivent pas à identifier le sens qui doit prévaloir. Dans ces conditions, l'article 133 me semble parfaitement respecté. Je pense que la présomption de constitutionnalité penche en faveur de cette lecture de l'article 7.1.

Il se pourrait fort bien également que certains droits fondamentaux garantis par la Charte québécoise[24] soient enfreints par le projet de loi.[25] Malheureusement, et j'y reviendrai dans la section 3., comme la *Charte québécoise* a été reléguée aux oubliettes au moyen d'une clause dérogatoire, cette question n'a plus qu'un intérêt théorique![26] Ce mémoire portant avant tout sur l'étendue des pouvoirs de la province en vertu de l'article 92 LC 1867 et de l'article 45 LC 1982, je ne m'arrêterai pas sur la question d'une possible violation de la *Charte québécoise*. Je me contenterai d'un seul commentaire à ce sujet. Il serait peut-être possible de prétendre qu'en privant certaines personnes de bénéfices ou d'avantages en lien avec la langue (par exemple parce qu'elles ne maîtrisent pas la langue de l'État), le projet de loi pourrait s'avérer, à première vue (*prima facie*) discriminatoire.[27] Les mots « à première vue » sont importants, car cette constatation n'est qu'une première étape lorsqu'on veut établir une violation de l'article 10 de la *Charte québécoise*. Les questions les plus difficiles sont généralement soulevées au stade suivant de l'analyse qui est celui des justifications autorisées par l'article 9.1 de la *Charte québécoise* et par la jurisprudence.[28] À ce stade, la légitimité des objectifs de la loi et la proportionnalité des moyens choisis pour atteindre ces objectifs importent au plus haut point, suivant une approche qui tient pleinement compte du contexte. Et, si j'en juge par le raisonnement de la Cour suprême dans les arrêts *Mercure*, *Caron* et surtout *Devine* c. *Québec (Procureur général)*,[29], il y a de fortes chances que les effets discriminatoires soient considérés comme des atteintes raisonnables.

---

[24] Cette opinion met l'accent sur la *Charte québécoise* plutôt que sur la *Charte canadienne*.

[25] Le nouvel article 12 de la *Charte de la langue française* (que l'article 5 du projet de loi introduirait) pourrait être vu comme portant atteinte au droit de toute personne à une audition publique et partiale (art. 23 de la *Charte québécoise*), ce qui implicitement suppose la compétence du juge appelé à présider cette audition. Cette disposition déclare qu'« il ne peut être exigé de la personne devant être nommée à la fonction de juge qu'elle ait la connaissance ou un niveau de connaissance spécifique d'une langue autre que la langue officielle… ». Un.e candidat.e à la magistrature québécoise incapable de comprendre l'anglais serait indubitablement un.e incompétent.e. Tout le droit public et administratif québécois est de tradition de common law. Une quantité prodigieuse de sources jurisprudentielles et doctrinales en ces matières sont écrites en anglais, et elles sont quotidiennement invoquées dans des litiges où toutes les parties sont francophones. Le juge incapable d'y comprendre quoi que ce soit mettrait en péril les droits des justiciables en conflit avec l'Administration publique. Dans un autre ordre d'idée, dans un contexte où la méconnaissance du français par les juges de la Cour suprême est dénoncée (avec raison) comme une forme d'incompétence, il devient un peu gênant de soutenir que la méconnaissance de l'anglais ne l'est pas, là où elle permettrait pourtant à un magistrat de rendre justice avec compétence au Québec en matière de droit public et administratif.

[26] Je ne dirai rien de possibles arguments fondés sur le droit administratif (qui ne permettraient toutefois pas de contester la validité constitutionnelle du projet de loi).

[27] Encore faudrait-il satisfaire aux critères d'application de l'article 10 de la *Charte québécoise*; à ce propos, voir *Devine* c. *Québec (Procureur général)*, 1988 CanLII 20 (CSC), [1988] 2 RCS 790. J'ajouterai que, dans l'application de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Cour suprême n'a encore jamais reconnu la langue comme un motif analogue de discrimination.

[28] *Québec (CDPDJ)* c. *Bombardier*, 2015 CSC 39, par. 35 à 38.

[29] 1988 CanLII 20 (CSC), [1988] 2 RCS 790.

Quant à savoir si le principe non écrit de « protection des minorités » mentionné dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*[30] permettrait de contester la loi, j'en doute fortement. Premièrement, à une exception près,[31] l'invocation des principes non écrits n'a jamais connu un grand succès.[32] Deuxièmement, le projet de loi ne contient aucune mesure aussi draconienne que l'était, par exemple, la fermeture du seul hôpital francophone d'Ontario, objet du litige dans l'arrêt *Lalonde* v. *Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*,[33] et seul arrêt où le principe non écrit de « protection des minorités » a été mobilisé avec un certain succès. « Certain succès », car, même dans cet arrêt, la décision de la Cour d'appel de l'Ontario de casser les directives de la Commission de restructuration des services de santé ne se fondait pas tant sur ce principe que sur son interprétation de la *Loi ontarienne sur les services en français*.

Il existe toutefois de fort bons arguments pour soutenir que le droit de parler sa propre langue pourrait se qualifier de « droit ancestral » au sens de l'article 35 de la LC 1982.[34] Comme on le sait, l'existence d'un droit ancestral emporte pour les gouvernements une obligation de consultation et d'accommodement. La Cour suprême a toutefois déclaré récemment que l'élaboration d'un projet de loi ne déclenchait pas cette obligation.[35] Elle a nuancé cette affirmation en soulignant qu'un projet de loi, une fois adopté, pourrait être contesté, s'il y avait eu atteinte non justifiée à un droit ancestral.[36] Bref, si le gouvernement veut éviter une éventuelle contestation judiciaire de sa loi, il aurait tout intérêt à consulter et accommoder immédiatement les nations autochtones du Québec.

1.3. La constitutionnalité de l'article 159 du projet de loi

---

[30] 1998 CanLII 793 (CSC), [1998] 2 RCS 217, par 79-82.

[31] Le principe non écrit relatif à l'indépendance judiciaire est le seul, en date, à avoir permis l'invalidation de lois : voir Jean Leclair, « Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles », (2002) 27 *Queen's Law Journal* 389. Compte tenu du recours fait à la clause dérogatoire écartant l'application de la *Charte québécoise*, il n'est pas impossible que ce principe soit sollicité pour s'attaquer au nouvel article 12 de la *Charte de la langue française* (voir art. 5 du projet de loi)

[32] Jean Leclair, « Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles », (2002) 27 *Queen's Law Journal* 389; Daniel Proulx, « Les droits linguistiques au Canada : un nouveau paradigme » dans P. Noreau et J. Woehrling (dir.), *Appartenances, institutions et citoyenneté*, Montréal, Wilson & Lafeur, 2005, aux p. 259 à 280 et Jean Leclair, « Foreword: Unwritten Constitutional Principles: The Challenge of Reconciling Political and Legal Constitutionalisms », (2020) 65 *Revue de droit* McGill 153.

[33] 2001 CanLII 21164 (ON CA)

[34] Hugo Yvon Denis Choquette, *The Constitutional Status of Aboriginal Languages in Canada*, thèse de doctorat, Université Queen's, 2016 ; Lorena Sekwan Fontaine, *Our Languages are Sacred: Finding Constitutional Space for Aboriginal Language Rights*, thèse de doctorat, Université du Manitoba, 2018.

[35] *Mikisew Cree First Nation* c. *Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40 (CanLII), [2018] 2 RCS 765, aux par. 48 et 52 : « En clair, on ne peut pas contester une loi pour le motif que le législateur ne s'est pas acquitté de l'obligation de consulter. La doctrine relative à cette obligation ne s'applique pas au législateur. […] [A]ucun aspect du processus législatif — du stade de l'élaboration jusqu'à la promulgation — ne déclenche l'obligation de consulter. »

[36] *Mikisew Cree First Nation* c. *Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40 (CanLII), [2018] 2 RCS 765, au par. 52 : « Même si un groupe autochtone sera empêché de contester une loi en invoquant un manquement à l'obligation de consulter, les tribunaux pourront possiblement reconnaître l'existence d'autres mesures de protection dans des causes à venir. Ce n'est pas parce que la doctrine de l'obligation de consulter, qui a évolué de manière à encadrer la conduite de l'exécutif, ne s'applique pas dans la sphère législative que la Couronne, en sa qualité de souveraine, est libérée de son obligation de se comporter honorablement. »

Je rappelle que l'article 159 du projet de loi énonce ce qui suit :

> 159. La Loi constitutionnelle de 1867 (30-31 Vict., ch. 3 (R.-U.); 1982, ch. 11 (R.-U.)) est modifiée par l'insertion, après l'article 90, de ce qui suit :
>
> « CARACTÉRISTIQUES FONDAMENTALES DU QUÉBEC
>
> « 90Q.1. Les Québécoises et les Québécois forment une nation.
>
> « 90Q.2. Le français est la seule langue officielle du Québec. Il est aussi la langue commune de la nation québécoise. ».

Je sais que, à la différence des autres articles du projet de loi dont il entend fonder la validité sur les paragraphes 4, 13, 14 et 16 de l'article 92 LC 1867 et sur l'article 93 LC 1867, le gouvernement entend faire reposer l'adoption de l'article 159 sur le pouvoir reconnu à la la province, en vertu de l'article 45 LC 1982, de modifier sa propre constitution; j'appellerai cette compétence particulière le « pouvoir constituant » de la province.[37] J'aborderai plus loin cette question. Pour l'instant, je voudrais simplement suggérer que, *si on veut adopter 90Q.2 tel quel*, il serait préférable de le faire en se fondant sur des compétences provinciales autres que le pouvoir fondé sur l'art. 45 LC 1982.[38]

L'article 159 pourrait parfaitement être intégré sous forme de préambule à la *Charte de la langue française* sur la base d'un des pouvoirs énumérés plus haut, sans qu'il soit nécessaire de recourir à son pouvoir constituant.[39] Si le gouvernement agissait de la sorte, il serait alors possible de lire 90Q.2 comme n'autorisant pas une atteinte aux droits garantis par 133 LC 1867. En effet, à sa face même, 90Q.2 contredit l'article 133 LC 1867. Il affirme, sans nuances, que « le français est la seule langue officielle du Québec. » Lu de manière isolée, il donne à penser que le français est la seule langue officielle, *y compris en matière parlementaire, législative et judiciaire*. Toutefois, s'il était intégré à la *Charte de la langue française*, on pourrait soutenir que sa portée doit être modulée en fonction du reste de la loi qui, je le rappelle, a été habilement rédigée pour éviter de porter atteinte à 133 LC 1867. Ainsi, l'article pourrait être interprété comme étant implicitement limité par le reste de la loi. Conformément à la présomption de constitutionnalité, on en ferait une lecture dite « constitutionnelle », c'est-à-dire n'allant pas au-delà de ce que prescrit la constitution.

---

[37] Comme l'explique José Woehrling (dans Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, *Les constitutions du Canada et du Québec,* Montréal, Les Éditions Thémis, 1994 (ci-après « José Woehrling, *Les constitutions du Canada et du Québec* ») : 565 : « Le pouvoir législatif 'ordinaire' de la législature provinciale et le pouvoir 'constituant unilatéral' que lui attribue l'article 45 sont en réalité de même nature puisqu'ils s'exercent selon les mêmes modalités procédurales et aboutissent l'un et l'autre à l'adoption d'une loi ordinaire. Par conséquent une législature ne saurait aboutir par l'intermédiaire de son pouvoir 'constituant unilatéral' à des résultats auxquels elle ne pourrait pas parvenir par l'entremise de son pouvoir législatif ordinaire. »

[38] Pour les raisons exposées dans la partie portant sur le pouvoir constituant de la province, l'adoption, dans une éventuelle constitution du Québec, de 90Q.1 tel quel ne poserait aucun problème constitutionnel.

[39] Il faut bien admettre toutefois que 90Q.2 serait redondant avec ce qui existe déjà dans la Charte de la langue française.

Si le gouvernement persiste à vouloir fonder la validité de l'article 159 sur le pouvoir constituant de la province (art. 45 LC 1982), tout en l'incluant dans une loi autre que la *Charte de la langue française*, cette lecture « atténuée » ne sera pas aussi facile à faire. Pour comprendre cette affirmation, il faut rappeler que l'intention du gouvernement est de recourir à son pouvoir constituant (art. 45 LC 1982) afin d'« insérer » 90Q.1 et 90Q.2, non pas dans la *Charte de la langue française*, mais bien *dans la LC 1867 elle-même*. On verra, plus loin, qu'il serait inconstitutionnel d'agir ainsi. En revanche, on verra qu'il ne fait pas de doute que ces deux dispositions pourraient être insérées dans une loi provinciale intitulée Constitution du Québec. Toutefois, encore là, la validité de 90Q.1 et 90Q.2 serait douteuse. En effet, n'étant pas intégrés à la *Charte de la langue française*, les dispositions de celle-ci ne pourraient plus être invoquées pour moduler la portée de 90Q.1 et 90Q.2.[40]

Bref, comme 90Q.2 entre en conflit direct avec le libellé de 133, il serait inconstitutionnel de l'adopter tel quel aux termes de l'article 45 de la LC 1867 dans une éventuelle Constitution du Québec. Je pense donc que, pour en préserver la constitutionnalité, il faudrait y ajouter les mots suivants : « Dans le respect des droits prévus à l'article 133 LC 1867 et aux articles 23 et 35 de la LC 1982, le français est la seule langue officielle du Québec. »[41]

Certains prétendent que cet ajout explicite n'est pas nécessaire. Un tribunal, soutient-on, présumerait de l'ajout implicite de ces limites. J'en doute. Sur un sujet aussi politiquement explosif, un tribunal exigerait la plus grande clarté et ne prendrait pas sur lui d'y lire des limites qui n'y sont pas. Je reviendrai sur cette question lors de la discussion du pouvoir constituant des provinces.

1.4. L'étendue du pouvoir du Parlement fédéral de légiférer en matière linguistique

Le Parlement fédéral détient lui aussi le pouvoir de légiférer en matière linguistique dans l'exercice de ses propres compétences, et ce, en vertu (entre autres) de son pouvoir résiduaire.[42] Au même titre que les provinces, son pouvoir est toutefois limité par la partie fédérale des garanties linguistiques prévues aux articles 133 LC 1867, 23 LC1870[43], et les articles 16(1), 16(3), 18(1), 19(1), 21, 22 et 23 LC 1982. Une loi fédérale enfreignant l'un de ces droits contreviendrait à l'article 52(1) LC 1982.

Il ne fait aucun doute que le fédéral détient la compétence exclusive nécessaire pour réglementer l'usage du français et de l'anglais dans la fonction publique fédérale, les Forces armées, les banques, le service de la Poste, et les entreprises de transport et de communication qui relient une province à une autre. À ce titre, le Parlement fédéral pourrait

---

[40] En théorie, une personne pourrait même soutenir —politiquement, mais pas juridiquement (à moins qu'on insère une clause de suprématie dans la Constitution fictive du Québec— que la *Charte de la langue française* ne fait pas honneur à la Constitution du Québec et son article Q.2, car les droits linguistiques qui sont reconnus à la majorité sont en deçà de la promesse de Q.2.

[41] Je ne crois pas qu'il soit nécessaire d'ajouter l'article 16 LC 1982, car il va de soi que le Québec n'a pas compétence sur l'usage des langues dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada.

[42] *Jones* c. *Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 RCS 182, 189-190.

[43] *Loi de 1870 sur le Manitoba*, 33 Vict. c. 3 (confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1871*, 34-35 Vict. c. 28 (R.-U.).

légiférer pour mieux protéger le français dans ces milieux de travail, lorsqu'ils sont situés au Québec ou ailleurs.

Le Parlement fédéral pourrait adopter des normes de son cru, mais il pourrait également incorporer par référence des normes provinciales,[44] comme celles prévues par la *Charte de la langue française*, et les déclarer applicables aux entreprises fédérales oeuvrant au Québec, ou même ailleurs au Canada. Il n'y a rien d'inconstitutionnel à renvoyer à des normes provinciales que le Parlement aurait pu adopter à la pièce aux termes de ses propres compétences.[45] Chose certaine, comme les entreprises fédérales font également affaires hors du Québec, il serait étonnant que le Parlement fédéral se contente de protéger ou promouvoir le français uniquement dans celles qui sont établies au Québec, laissant ainsi en plan les travailleurs francophones des autres provinces. C'est la raison pour laquelle le gouvernement fédéral, dans son projet de réforme de la *Loi sur les langues officielles*, reprend la substance de la *Charte de la langue française* pour l'appliquer non seulement aux entreprises fédérales établies au Québec, mais également à celles qui le sont « dans les autres régions du pays à forte présence francophone. »[46]

Toutefois, aucune obligation constitutionnelle n'oblige le fédéral à renvoyer ainsi aux normes provinciales. Enfin, rappelons que, quelles que soient les normes que le Parlement fédéral adoptera en matière linguistique pour régir les entreprises fédérales au Québec, elles seront prépondérantes sur toute règle de droit provinciale qui entrerait en conflit avec elles.[47]

Enfin, d'aucuns affirment que le Parlement fédéral devrait s'abstenir de réglementer l'usage du français dans les entreprises fédérales, au motif que la *Charte de la langue française* s'y appliquerait.[48] Premièrement, cette application est loin d'être certaine. Deuxièmement, en quoi cet argument est-il cohérent avec le mantra mille fois répété que les limites des compétences fédérales et provinciales doivent être religieusement respectées. Plus important encore, cette curieuse posture ignore que des millions de Québécois francophones sont encore citoyens de l'État canadien, qu'ils ont participé en toute légitimité aux élections fédérales, et qu'ils sont parfaitement en droit de s'attendre à ce que le gouvernement fédéral exerce ses compétences pour protéger le français, s'il juge à propos de le faire.

---

[44] *A.G. for Ontario* v. *Scott*, 1955 CanLII 16 (SCC), [1956] SCR 137; l'article 88 de la *Loi sur les indiens* est un bon exemple d'une telle incorporation par référence.

[45] voir Peter W. Hogg et Wade K. Wright, *Constitutional Law of Canada*, 5e édition (mise à jour annuelle), Toronto, Thomson Reuters, 2021 : section 14 : 14.

[46] *Français et anglais : vers une égalité réelle des langues officielles du Canada*, Sa Majesté la Reine du chef du Canada, 2021, aux pages 23-24.

[47] En passant, des normes provinciales incorporées en vertu d'une loi fédérale deviennent, sur le plan juridique, des normes fédérales et cessent dès lors d'être considérées comme des normes provinciales aux fins de leur application dans un secteur fédéral.

[48] Sur l'application potentielle de la *Charte de la langue française* à des entreprises fédérales, voir David Robitaille et Pierre Rogué, « La Charte de la langue française : une entrave aux activités essentielles des entreprises privées de compétence fédérale au Québec? » (2013) 43 R.D.U.S. 646; Ghislain Otis et David Robitaille, « L'inapplicabilité de la Charte québécoise des droits aux entreprises fédérales : mythe ou réalité? » (2017) 47 *Revue générale de droit* 77–117.

2. L'étendue du pouvoir des provinces de modifier leur propre constitution aux termes des lois constitutionnelles applicables

La question se pose maintenant est de savoir : 1) si le Québec détient la compétence requise pour adopter 90Q.1 et 90Q.2 en vertu du pouvoir constituant qui lui est reconnu par l'article 45 LC 1982; et 2) surtout, de savoir s'il peut les « insérer », non pas dans une loi provinciale qui pourrait s'appeler la « Constitution du Québec », mais dans la LC 1867.

Il importe de souligner que l'objectif du gouvernement actuel, tout comme celui de H. Cauchon et P. Taillon —les constitutionnalistes qui ont inspiré le gouvernement— n'est pas de donner une constitution au Québec, mais de faire la leçon au Canada anglais en démontrant qu'il est possible d'inscrire la différence québécoise dans la « Constitution [formelle]du Canada. »

Comme on le verra, ils accomplissent cet objectif en proposant une interprétation constitutionnelle extrêmement technique (fondée sur la portée des mots « modifications à ces textes » à l'alinéa 52(2)c) LC 1982) qui leur permet d'affirmer qu'il est possible pour une province de modifier unilatéralement le texte de la LC 1867, non pas simplement en abrogeant le contenu existant de celle-ci (dans la mesure où il relève de la compétence de la province), mais en y ajoutant des choses entièrement nouvelles.

Je tenterai de montrer que cette interprétation technique et littérale des articles 51 et 52 LC 1982 est incorrecte, car elle se fonde sur une théorie constitutionnelle et démocratique irréconciliable avec les objectifs traditionnellement associés aux idées de « suprématie de la constitution » (ce que H. Cauchon et P. Taillon appellent la « supralégalité »), et d'« enchâssement » (qu'ils appellent la dimension « formelle » de la constitution). Autrement dit, si leur interprétation est « littéralement » plausible, elle est « normativement » erronée, en particulier, comme je l'expliquerai dans la section 3., d'un point de vue démocratique.

Comprenons-nous bien, je ne soutiens absolument pas que H. Cauchon et P. Taillon entendaient soutenir une théorie constitutionnelle aux conséquences démocratiques douteuses. Je dis simplement que leur volonté de remettre le Canada anglais à sa place au moyen de la LC 1982 les a rendus aveugles à cet angle mort de leur interprétation.[49]

Ma démarche consistera donc à décrire l'état actuel du droit relativement au pouvoir constituant des provinces, c'est-à-dire celui qu'elles ont de modifier leur propre constitution (2.1). Cela fait, je procéderai à une analyse critique de la théorie constitutionnelle des professeurs H. Cauchon et P. Taillon évoquée plus haut (2.2).

2.1. L'état actuel du droit constitutionnel relatif au pouvoir des provinces de modifier leur propre constitution

[49] Je ne connais pas personnellement M. Cauchon. Il n'en va pas de même de M. Taillon. Je tiens à souligner que je le tiens en haute estime.

Après avoir rappelé ce qui est traditionnellement entendu par les notions de « suprématie (ou primauté) de la constitution » et d'« enchâssement » (2.1.1.), j'expliquerai comment la Partie V de la LC 1982 reflète cette vision des choses (2.1.2.) et qu'il en va de même de l'interprétation judiciaire donnée au par. 92(1) LC 1867 —l'ancêtre de l'article 45 LC 1982 (2.1.3.). Ceci m'amènera ensuite à exposer les limites du pouvoir constituant provincial reconnu aux provinces par cette disposition (2.1.4.). J'insisterai, entre autres, sur le fait que les dispositions constitutionnelles provinciales dont elle autorise l'adoption ne sont pas « enchâssées » dans la Constitution du Canada, en ce sens qu'elles ne sont pas protégées par un mode spécial d'adoption et de modification. En effet, une loi constitutionnelle provinciale adoptée conformément à l'article 45 LC 1982 peut être abrogée selon la procédure législative ordinaire. En outre, le par. 52(1) LC 1982 ne leur assure aucune primauté sur les autres lois provinciales. Ce paragraphe, comme on le verra, vise à garantir le caractère fondamental de certains éléments de la Constitution du Canada contre toute intervention unilatérale *d'un des partenaires fédéraux*. Seuls les éléments de la Constitution du Canada qui exigent la collaboration d'au moins deux partenaires fédéraux méritent cette protection. Ce qui relève du pouvoir exclusif des provinces et du gouvernement fédéral de modifier leur propre constitution « interne » n'est pas de cette nature. C'est à la lumière de ces constats que j'examinerai la légalité constitutionnelle de l'article 159 du projet de loi et donc des articles 90Q.1 et 90Q.2. Cet examen me portera à conclure que, légèrement remaniés, les deux derniers articles pourraient validement figurer dans une loi provinciale intitulée Constitution du Québec. Toutefois, au point 2.2. j'expliquerai pourquoi ils ne pourraient être insérés unilatéralement dans la LC 1982.

2.1.1 Suprématie et enchâssement constitutionnels : quelques repères

Le droit constitutionnel désigne l'ensemble des normes relatives à l'encadrement, à la structuration et à la limitation de l'autorité étatique. Plus spécifiquement, les normes constitutionnelles poursuivent les finalités suivantes : 1) elles hiérarchisent les différentes sources du pouvoir étatique et assurent la soumission des organes de l'État au droit; 2) elles définissent la forme de l'État et identifient les organes à travers lesquels s'exerce le pouvoir étatique, en précisant leur composition, leurs attributions et leur fonctionnement; 3) elles aménagent les rapports entre les divers organes de l'État et établissent le régime de gouvernement (séparation des pouvoirs entre l'exécutif, le législatif et le judiciaire; indépendance du pouvoir judiciaire); et enfin, elles régissent les relations entre l'État et les individus en garantissant les droits et libertés de ces derniers.

On comprendra que, dans cette masse de règles, certaines sont plus importantes que d'autres parce qu'elles traduisent ce qu'on appelle communément « le contrat social » d'une communauté donnée. On entend par là qu'elles portent sur des matières « constitutives » de la communauté politique elle-même, qu'elles sont le reflet des convictions partagées, non pas par une minorité de privilégiés, mais par l'ensemble des citoyens, sinon par le plus grand nombre.

Si tel est le cas, on comprendra que la sélection et la modification de ces règles fondamentales ne peuvent être laissées entre les mains d'une minorité politique quelconque. Il faut donc mettre en place des procédures d'adoption plus complexes qui

permettront de recueillir l'assentiment du plus grand nombre possible de citoyens ou de leurs représentants et, dans une fédération, du plus grand nombre de partenaires lorsque l'intérêt de tous est en jeu.

L'« enchâssement » d'une norme constitutionnelle permet de la protéger contre toute tentative unilatérale d'un des partenaires du contrat social d'en modifier le contenu. Une norme est enchâssée lorsque sa modification est assujettie à un mode spécial, plus contraignant d'adoption, lui-même prévu par la Constitution. En d'autres mots, une telle norme ne peut être adoptée ou modifiée comme peut l'être une simple loi ordinaire, car l'adoption ou la modification d'une loi ordinaire ne permet pas de recueillir le degré d'assentiment populaire requis pour modifier ce qui fait le cœur du contrat social de la communauté.

Les constitutionnalistes québécois, contrairement à leurs homologues canadiens-anglais, emploient l'expression *constitution formelle* pour désigner l'ensemble de ces normes jugées fondamentales qui sont assujetties à un mécanisme complexe d'adoption et de modification, lequel, je le répète, embrasse un plus grand nombre de représentants de la communauté politique. Les mots *constitution matérielle* renvoient, quant à eux, à cette partie du droit constitutionnel qui peut être adopté et modifié par simple loi ordinaire.[50]

L'enchâssement des normes ne suffit pas, à lui seul, à garantir la protection des normes jugées fondamentales. En effet, qu'arriverait-il si un gouvernement, sans prétendre modifier la règle fondamentale, adoptait simplement une loi ordinaire disant exactement le contraire de ce que la première consacre? À quoi servirait l'enchâssement, si rien ne permettait d'assurer le respect des normes fondamentales? C'est ici qu'intervient la notion de « suprématie ou primauté de la constitution.»

Pour assurer le respect des normes qui y sont énoncées, les constitutions prévoient explicitement qu'elles prévalent sur toute autre norme qui leur contreviennent. [51] Un tribunal pourra donc invalider les lois ordinaires qui sont contraires à une disposition constitutionnelle « enchâssée. »

De ce qui précède, il faut retenir que le droit constitutionnel est un vaste domaine composé d'un grand nombre de règles, dont seulement une partie est enchâssée et investie d'une primauté sur toutes les autres règles de droit. Les autres règles constitutionnelles. « non enchâssées » sont adoptées conformément à des règles « ordinaires » et ne bénéficient d'aucune suprématie.

Par exemple, on verra que l'article 133 de la LC 1867 qui assure une certaine protection au français et à l'anglais est une norme enchâssée et suprême. Il ne peut être modifié que conformément à une procédure spéciale. Et une loi qui y contrevient serait invalidée par un tribunal. En revanche, les lois électorales, quoiqu'elles portent sur une matière constitutionnelle, ne sont ni enchâssée ni suprême. Elles peuvent être modifiées selon la

[50] Henri Brun, Guy Tremblay, Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel,* 6e édition, Yvon Blais, 2014: I.9-I.11.
[51] Ou elles sont interprétées comme ayant primauté sur les autres normes du système.

procédure législative ordinaire, et pourront être invalidées si elles contreviennent à une norme enchâssée et suprême, par exemple, la *Charte canadienne des droits et libertés*.[52]

Je le répète, car c'est essentiel à la compréhension du point de vue que je défendrai dans ce mémoire, si, dans un État donné, certaines dispositions constitutionnelles ne peuvent être modifiées selon la procédure ordinaire, c'est parce qu'elles portent sur des matières qu'on estime devoir soustraire au pouvoir unilatéral de modification que peut exercer le parti politique en place au moyen de son pouvoir législatif ordinaire.[53] Dans un État fédéral, si certaines dispositions constitutionnelles ne peuvent être modifiées unilatéralement par l'ordre fédéral ou provincial au moyen de simples lois, c'est parce qu'il est nécessaire de protéger les éléments les plus fondamentaux de l'alliance fédérale contre l'action unilatérale d'un partenaire de la fédération.

2.1.2. Enchâssement et suprématie en droit constitutionnel canadien

Je vais maintenant décrire comment ces notions sont *actuellement* interprétées en droit constitutionnel canadien. Comme nous le verrons dans la sous-section 2.2.2.1, c'est cette interprétation qui est remise en question par H. Cauchon et P. Taillon.

Le par. 52(2) LC 1982 édicte premièrement que

> (2) La Constitution du Canada comprend :
>
> a) la Loi de 1982 sur le Canada, y compris la présente loi;
>
> b) les textes législatifs et les décrets figurant à l'annexe;
>
> c) les modifications des textes législatifs et des décrets mentionnés aux alinéas a) ou b).

Le par. 52(3) de la LC 1982, quant à lui, prévoit que « [l]a Constitution du Canada ne peut être modifiée que conformément aux pouvoirs conférés par elle. » C'est la Partie V de la LC 1982 qui décrit les procédures complexes d'adoption et de modification de la constitution qui varient en fonction de l'importance des sujet qu'on entend réformer. Ces procédures sont complexes, car aucune des matières visées par les articles 38 et 41 à 43 LC 1982 ne peut être modifiée unilatéralement par le Parlement fédéral, une province, ou plusieurs d'entre elles agissant de concert. Elles sont donc « enchâssées. » Jugées « constitutives » de l'alliance fédérale par les rédacteurs de la LC 1982, leur modification appelle une collaboration entre l'ensemble ou certains partenaires de la fédération.

La Partie V reconnaît toutefois que certaines matières constitutionnelles n'exigent pas une telle collaboration entre les partenaires fédéraux. Il n'est donc pas nécessaire d'assujettir

---

[52] *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493 et *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, [2019] 1 R.C.S. 3.

[53] Cela dit, encore aujourd'hui, aucune norme constitutionnelle du Royaume-Uni n'est « enchâssée », c'est-à-dire modifiable aux termes d'une procédure législative complexe : David Feldman et Andrew Burrows, *English Public Law*, 2e édition, Oxford University Press, Oxford, 2009 : sections 1.03 à 1.06.

leur modification à une procédure contraignante. De simples lois ordinaires permettront de réformer cette partie du droit constitutionnel provincial et fédéral qui ne porte pas sur un élément fondamental de l'alliance fédérale. Ainsi, l'article 44 LC 1982 prévoit que, « [s]ous réserve des articles 41 et 42, le Parlement a compétence exclusive pour modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat ou à la Chambre des communes. » La Cour suprême a déjà défini le sens des mots « Constitution du Canada » au par. 91(1) LC 1867 —ancêtre de 44 LC 1982— comme se « rapport[ant] à la constitution du gouvernement fédéral dans les matières qui concernent *uniquement* ce gouvernement. »[54] Son équivalent provincial édicte que, « [s]ous réserve de l'article 41, une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province. » Il faut donc en conclure que cette disposition se rapporte à la constitution du gouvernement provincial dans les matières qui concernent uniquement ce gouvernement. » C'est d'ailleurs de cette manière qu'elle a été interprétée, comme nous le verrons dans un instant.

Dans ces deux cas (art. 44 et 45 LC 1982), ce qui est en jeu, ce sont des normes constitutionnelles qui relèvent exclusivement des provinces ou du gouvernement fédéral. Si elles ne sont pas enchâssées, c'est parce qu'elles ne touchent en rien les intérêts des autres partenaires fédéraux et n'exigent donc pas leur collaboration. En revanche, toute intervention législative fédérale ou provinciale qui attenterait à une matière exigeant une telle collaboration serait réputée inopérante en vertu du par. 52(1) LC 1982.

Est-ce à dire que les normes les plus fondamentales du droit constitutionnel provincial ne peuvent être protégées contre l'intervention intempestive du gouvernement « du jour »? Est-il impossible de rendre leur adoption et leur modification difficile? Est-il possible d'assurer leur primauté sur les autres lois provinciales? La réponse est oui dans les deux cas. Toutefois, la solution ne passera pas par leur enchâssement dans la Constitution du Canada, car, comme on vient de le voir, l'article 45 LC 1982 prévoit clairement que la modification du droit constitutionnel provincial se fait au moyen de simples lois ordinaires.

Aux fins de la discussion, supposons que l'Assemblée nationale veuille vraiment se donner une constitution (dans les limites des pouvoirs que lui donne l'article 45 LC 1982, et qui seront examinées dans un instant). Pour rendre plus difficile l'adoption de cette constitution provinciale adoptée en vertu de l'article 45 LC 1982, il suffirait de prévoir, *dans cette loi*, un mécanisme d'enchâssement aux termes duquel son adoption et sa modification future devraient requérir, par exemple, l'assentiment d'une majorité renforcée des député.e.s de l'Assemblée nationale. On pourrait aussi prévoir que, bien que son adoption ultime relève de l'Assemblée nationale, la rédaction de cette loi/constitution provinciale devrait être confiée en premier lieu à une assemblée constituante composée de citoyen.ne.s. On pourrait également assujettir tout projet d'adoption ou de réforme de cette loi/constitution à une approbation populaire.[55]

---

[54] *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, 1979 CanLII 169 (CSC), [1980] 1 RCS 54, 71 (mes italiques).

[55] Toutes les avenues évoquées sont proposées par José Woehrling dans « *Les constitutions du Canada et du Québec* » : 502-509.

De cette façon, on arrive exactement au même résultat que si le droit constitutionnel provincial avait été « enchâssé » dans la Constitution du Canada : on protège le cœur du contrat social québécois de toute intervention intempestive d'un gouvernement qui voudrait profiter de sa majorité parlementaire pour imposer la représentation qu'*il* se fait de la nation. En outre, la consécration du caractère fondamental de cette loi/constitution dépendrait de la volonté des citoyen.ne.s du Québec ou de leurs représentant.e.s, et non de sa vague association à la Constitution du Canada. Si une constitution est avant tout un geste d'auto-détermination, miser sur la volonté des citoyen.ne.s de la nation ou de leurs représentant.e.s pour en garantir l'intégrité me semble un meilleur pari que de se rabattre sur l'interprétation technique d'une constitution dont la légitimité est dénoncée.

De la même manière, on pourrait également assurer la primauté de cette loi/constitution en y introduisant une disposition déclarant que toute loi (du Québec), même postérieure, ne pourrait y déroger, à moins qu'elle n'énonce expressément s'appliquer malgré la loi/constitution. C'est exactement ce genre de mécanique que prévoient l'article 52 de la *Charte québécoise des droits et libertés*[56] et l'article 2 de la *Déclaration canadienne des droits*[57] :

> **52** Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.
>
> **2** Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression.

Encore une fois, cette solution assure que la primauté accordée à une loi/constitution québécoise soit le fruit d'une décision de l'Assemblée nationale, et non le résultat, comme on le verra en examinant la thèse de H. Cauchon et P. Taillon, d'une référence obscure à l'article 45 LC 1982 dans le préambule d'une éventuelle loi provinciale.

2.1.3. L'interprétation judiciaire du pouvoir des provinces de modifier leur propre constitution

2.1.3.1. La double nature de l'article 45 LC 1982

Je l'ai déjà dit, la question soulevée par le projet de loi est de savoir si le Québec détient la compétence requise pour adopter 90Q.1 et 90Q.2 en vertu du pouvoir qui lui est reconnu par l'article 45 LC 1982, de modifier la « constitution de sa province. »

Cet article, rappelons-le, déclare que « [s]ous réserve de l'article 41, une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province. » Avant 1982, ce

[56] *Charte des droits et libertés de la personne*, C-12.
[57] *Déclaration canadienne des droits,* S.C. 1960, ch. 44.

pouvoir constituant était prévu au par. 92(1) LC 1867 qui déclarait que la province détenait la compétence exclusive de légiférer sur la matière suivante : « L'amendement de temps à autre, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte, de la constitution de la province, sauf les dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur. » Le Parlement fédéral, on l'a vu, détient un pouvoir constituant équivalent à l'égard de sa propre constitution interne (article 44 LC 1982).

On pourrait prétendre que le nouvel article 45 LC 1982 est de portée plus limitée que le par. 92(1) LC 1867 qu'il est venu remplacer. En effet, alors que le deuxième figurait dans la Partie V de la LC 1867 intitulée « Distribution des pouvoirs législatifs », le premier a été inséré dans la Partie V de la LC 1982 consacrée uniquement à la « Procédure de modification de la Constitution du Canada. » Bref, on pourrait soutenir que l'article 45LC 1982 ne confère plus, comme le par. 92(1) LC 1867, un double pouvoir aux provinces, c'est-à-dire un pouvoir constituant « ordinaire » autorisant l'adoption de lois matériellement constitutionnelles, c'est-à-dire dont le contenu se rapporte à une matière constitutionnelle (ex : la *Charte québécoise des droits et libertés*), et un pouvoir constituant permettant de modifier le contenu des articles de la LC 1867 qui relèvent de la compétence constitutionnelle des provinces.[58] En raison de son emplacement dans la Partie V LC de la 1982, il ne reconnaîtrait plus que le deuxième pouvoir.

Cette interprétation ne peut être retenue. Comme le dit avec raison José Woehrling, il faut plutôt admettre que la transformation du par. 92(1) LC 1867 en l'article 45 LC 1982 n'a pas réduit le pouvoir des provinces, « à défaut de quoi l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* aurait fait perdre aux législatures et au Parlement une compétence législative fort importante [que leur avait reconnue la Cour suprême dans la jurisprudence portant sur les par. 91(1) et 92(1) LC 1867], ce qui ne semble pas avoir été l'intention du Constituant. »[59] La Cour suprême a d'ailleurs déclaré que les articles 44 et 45 LC 1982 « jouent essentiellement le même rôle que les par. 91(1) et 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui ont été abrogés lors de l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* ».[60] Bref, les provinces n'ont pas été dépouillées de leur pouvoir constituant ordinaire leur permettant d'adopter des lois ordinaires matériellement constitutionnelles. Enfin, si on se rappelle que la LC 1867 est silencieuse au sujet des constitutions de plusieurs provinces, on réalise le côté absurde de cette interprétation.

2.1.3.2. Les limites au pouvoir attribué par l'article 45 LC 1982

[58] Comme le disait José Woehrling (« *Les constitutions du Canada et du Québec* » : 494), le par 92(1) LC 1867 avait un « double rôle qui était de conférer à la législature de la province à la foi une compétence législative et un pouvoir constituant. En effet, s'il autorisait la modification de certaines dispositions contenues dans la Constitution du Canada, l'article 92(1) permettait également à la législature de légiférer de façon générale sur les questions relatives à l'organisation des pouvoirs publics provinciaux. »

[59] José Woehrling, *Les constitutions du Canada et du Québec* » : 494, note 1271. Comme le signale le même auteur, en toute logique, la diminution de pouvoir constituant provincial résultant du passage du par. 92(1) LC 1867 à l'article 45 LC 1982 vaudrait également pour le pouvoir constituant fédéral, en raison du passage du par. 91(1) LC 1867 à l'article 44 LC 1982.

[60] *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32 (CanLII), [2014] 1 RCS 704, au par. 46.

L'arrêt *SEFPO*, bien qu'il ait porté sur l'interprétation à donner au par. 92(1) LC 1867 et non à l'article 45 LC 1982, demeure à ce jour la décision la plus importante sur l'interprétation du pouvoir d'une province de modifier sa constitution.

Si on remplaçait les exemples donnés par la Cour suprême par des références à des lois québécoises, ce qu'elle décrit comme étant les sources de la constitution provinciale de l'Ontario vaudrait tout autant pour celle du Québec :

> La constitution de l'Ontario, comme celle des autres provinces et du Royaume-Uni, mais contrairement à celle de nombreux états, ne se trouve pas dans un document complet appelé constitution. Elle se trouve en partie dans une variété de dispositions législatives. Certaines de ces dispositions ont été adoptées par le Parlement de Westminster, comme les art. 58 à 70 et 82 à 87 de la *Loi constitutionnelle de l867*. D'autres dispositions relatives à la constitution de l'Ontario ont été adoptées par voie de lois ordinaires de la législature de l'Ontario comme, par exemple, *The Legislative Assembly Act*, R.S.O. 1970, chap. 240, *The Representation Act*, R.S.O. 1970, chap. 413, et *The Executive Council Act*, R.S.O. 1970, chap. 153.
>
> Une autre partie de la constitution de l'Ontario est formée de règles de *common law*, énoncées ou reconnues au cours des ans par les tribunaux. Plusieurs de ces règles de *common law* concernent la prérogative royale. […]
>
> Comme on l'explique dans le *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, aux pp. 876 à 878, au sujet de la Constitution du Canada —mais de façon générale, on peut dire la même chose de la constitution de l'Ontario— 'On désigne du terme générique de droit constitutionnel les parties [...] qui sont formées de règles législatives et de règles de *common law*'. En outre, la constitution de l'Ontario comprend des règles d'une nature différente mais d'une grande importance appelées conventions de la constitution. La plus fondamentale d'entre elles est probablement le principe du gouvernement responsable qui est en grande partie non écrit, bien qu'il soit mentionné implicitement dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de l867* […].[61]

La question qui nous intéresse ici n'est toutefois pas celle de savoir quelles sont les sources du droit constitutionnel provincial, mais plutôt celle de savoir qui est autorisé à les modifier, et comment il est possible de ce faire.

Dans *SEFPO*, la Cour suprême[62] a précisé que la modification de la constitution de la province passe par « l'adoption d'une loi ordinaire par la législature provinciale. »[63] Dans cette affaire, la Cour devait décider si une province pouvait recourir au par. 92(1) LC 1867 pour adopter une loi interdisant aux fonctionnaires provinciaux de la province d'exercer certaines activités politiques au niveau fédéral. En reconnaissant la validité des dispositions en litige, le juge Beetz a déclaré qu'elles étaient « de nature constitutionnelle et valides … en

[61] *Le procureur général de l'Ontario* c. *SEFPO*, [1987] 2 RCS 2, 37-38.
[62] Dans cette affaire, le juge Beetz, s'exprimant pour la majorité (McIntyre, Le Dain et La Forest), a fondé la validité de la loi ontarienne en litige (*The Public Service Act*) sur les paragraphes 92(1) et (4) LC 1867. Le juge en chef Dickson et le juge Lamer ont aussi déclaré la loi *intra vires*, le premier sur le fondement des par. 92(4) et (13) LC 1867, et le deuxième sur le seul par. 92(4) LC 1867.
[63] *Le procureur général de l'Ontario* c. *SEFPO*, [1987] 2 RCS 2, 37; voir aussi la page 46.

vertu du par 92(1) » et qu'elles constituaient « une modification législative ordinaire de la constitution de l'Ontario au sens du par 92(1) […]. »[64]

La Cour, on le constate, n'a jamais soutenu qu'une telle loi était « enchâssée » de quelque manière que ce soit, ni déclaré qu'elle jouissait d'une quelconque primauté sur les autres lois provinciales. En toute justice, il faut néanmoins admettre qu'avant 1982, en l'absence de disposition équivalente aux par. 52 (2), (3) et (1), la gymnastique intellectuelle de H. Cauchon et P. Taillon était impossible. Nous reviendrons sur ces questions dans la sous-section 2.2.2.

Pour l'instant, ces questions d'enchâssement et de primauté peuvent être mise de côté, puisque, avant même de prétendre, comme le font ces auteurs, qu'une norme législative provinciale en bénéficie par le jeu des par. 52 (2), (3) et (1) LC 1982, encore faut-il démontrer que 90Q.1 et 90Q.2 porte sur des matières relevant de la compétence de la province en vertu de l'article 45 LC 1982. Or, sur ce point, l'affaire *SEFPO* est instructive, car la Cour s'y prononce sur les limites qui balisent le pouvoir attribué aux provinces par l'article 45 LC 1982.

Pour éviter la confusion avec le problème de l' « enchâssement » de 90Q.1 et 90Q.2, supposons pour l'instant que ces deux dispositions aient été intégrées dans une loi que nous appellerons la Constitution du Québec.

En guise de préambule à cette analyse des limites du l'article 45 LC 1982, affirmons tout de suite que cette disposition n'est pas une boîte à phantasmes. À entendre certaines personnes, elle constituerait la voie sacrée vers une reconnaissance de plus de pouvoir au Québec (H. Cauchon et P. Taillon ne disent rien de tel[65]). En vérité, cet article ne permet pas de régir autre chose que l'ordre constitutionnel québécois. On le verra, il n'entraîne aucun impact sur le partage des compétences ou la place du Québec au sein de la fédération. Cela dit, si on voulait le mobiliser pour modifier *l'ordre constitutionnel québécois lui-même*, alors son potentiel est important. En effet, dans les limites énumérées plus bas, le législateur québécois peut inclure ou « insérer » « tous les textes de son choix »[66] dans une loi constitutionnelle québécoise. On pourrait même l'utiliser pour adopter une Constitution du Québec dont l'intégrité serait garantie par une procédure de modification complexe, et dont la primauté pourrait être assurée par l'introduction d'une disposition de suprématie analogue à l'article 52 de la *Charte québécoise*.[67]

Première limite : Pour relever du pouvoir reconnu à cet article, les dispositions provinciales doivent avoir pour « trait dominant », ou objectif premier, la réglementation d'une matière relevant du champ constitutionnel matériel. L'article 45 LC 1982 ne pourrait, par exemple, autoriser l'adoption de normes de droit de la famille ou de droit de la consommation. Dans *SEFPO*, si les juges majoritaires étaient d'avis que les dispositions en litige relevaient de 92(1)

[64] *Le procureur général de l'Ontario* c. *SEFPO*, [1987] 2 RCS 2, 45-46.
[65] Quoique cela ne ressorte pas clairement de leur texte, je suis convaincu que les deux auteurs approuveraient la plupart des limites que je m'apprête à décrire.
[66] Expression que j'emprunte à H. Cauchon et P. Taillon : « La constitution formelle des États fédéral et fédérés au Canada » : 283.
[67] Voir *supra*, section 2.1.2.

LC 1867, c'est parce qu'elles portaient « sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement en Ontario et qu'elles impos[ai]ent aux membres d'un organe du gouvernement des obligations pour mettre en oeuvre un principe de gouvernement. »[68] Bref, ces dispositions se rapportaient à l'encadrement, à la structuration et à la limitation de l'autorité étatique.

> **90Q.1 et 90Q.2** : Selon moi, il est évident que ces deux dispositions ont pour « trait dominant » ou objectif premier la réglementation d'une matière relevant du champ constitutionnel matériel. On pourrait objecter que la jurisprudence semble avoir limité la portée des articles 92(1) LC 1867 et 45 LC 1982 à des mesures relatives au fonctionnement des « organes du gouvernement » d'une province. Néanmoins, je pense que la définition de la communauté politique (90Q.1) et de la langue officielle et commune de celle-ci (90Q.2) relève incontestablement du constitutionnel matériel. À première vue, elle pourrait donc figurer dans une loi provinciale appelée Constitution du Québec adoptée conformément à l'article 45 LC 1982.

Deuxième limite : L'article 45 LC 1982 n'a jamais eu pour fonction de modifier le partage des compétences, et donc d'augmenter la portée du pouvoir que reconnaissait auparavant le par. 92(1) LC 1867 aux provinces. Dans *SEFPO*, les dispositions en litige ont été déclarées valides parce qu'elles étaient relatives au fonctionnement d'un organe du gouvernement *de la province*.[69] Toute tentative de la part de la province de réglementer les élections fédérales aurait été jugée inconstitutionnelle.[70] Dans *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, la Cour a d'ailleurs rappelé que les par. 91(1) et 92(1) LC 1867 :

> …accordaient aux gouvernements fédéral et provinciaux le pouvoir de modifier leurs constitutions respectives, à condition que les modifications ne mettent pas en cause les intérêts des autres ordres de gouvernement. […] Les art. 44 et 45, qui ont remplacé ces dispositions, accordent au Parlement fédéral et aux législatures provinciales la capacité de modifier unilatéralement certains éléments de la Constitution qui concernent leur propre ordre de gouvernement, mais qui ne mettent pas en cause les intérêts des autres ordres de gouvernement.[71]

Autrement dit, pour relever de l'article 45 LC 1982, la norme modifiée doit se rapporter au champ constitutionnel provincial. En conséquence, et c'est très important de le souligner, *elle n'aurait d'effet qu'à l'intérieur de l'ordre constitutionnel québécois* et pas ailleurs. H. Cauchon et P. Taillon n'insistent pas beaucoup sur cette importante limite.[72]

---

[68] *Le procureur général de l'Ontario* c. *SEFPO*, [1987] 2 RCS 2, 41.
[69] *Le procureur général de l'Ontario* c. *SEFPO*, [1987] 2 RCS 2, 41.
[70] *Le procureur général de l'Ontario* c. *SEFPO*, [1987] 2 RCS 2, 45-46.
[71] *Le procureur général de l'Ontario* c. *SEFPO*, [1987] 2 RCS 2, 47-48.
[72] Quoique, dans un récent article de journal, Patrick Taillon en fait état : « Mais attention, avant 1982 comme après, ça permet seulement de faire certains changements, dans un ''carré de sable'' bien limité. Et ce qui est vrai pour le Québec est vrai pour les autres provinces. Elles ont toutes le même article 45 (Loi constitutionnelle de 1982) et ont toutes ce pouvoir-là, mais ce qui est compliqué, c'est de déterminer l'étendue du ''carré de sable''. Grosso modo, une province peut modifier seulement des dispositions qui la concernent elle. Dès que ça concerne aussi le fédéral, ou les autres provinces, c'est fini, ça ne marche pas »; citation tirée de Philippe Murat, « Le projet de loi 96 ne devrait pas avoir de répercussion négative sur les francophones du reste du Canada » Onfr+, le 27 mai 2021.

> **90Q.1 et 90Q.2** : Si ces dispositions figuraient dans une Constitution du Québec adoptée conformément à l'article 45 LC 1982, elles bénéficieraient d'une présomption de constitutionnalité et devraient donc faire l'objet d'une lecture qui en préserverait la validité constitutionnelle. En conséquence, il faudrait donc conclure que les dispositions 90Q.1 et 90Q.2 ne peuvent avoir d'impact qu'à l'intérieur de l'ordre constitutionnel provincial québécois. Toute autre interprétation serait inconstitutionnelle.

Troisième limite : Ont été « enchâssées » dans la Constitution du Canada les matières jugées fondamentales par le constituant. Ce dernier a prescrit que leur modification appelle une collaboration entre l'ensemble ou certains partenaires de la fédération, car ces matières touchent le cœur de l'alliance fédérale. Une province (tout comme le Parlement fédéral) ne peut donc modifier unilatéralement ces matières.

Comme la Cour suprême l'avait déjà dit dans *Procureur général du Québec* c. *Blaikie*,[73] et comme elle le répétera dans *SEFPO*, une province (tout comme le Parlement fédéral) n'est pas autorisée à modifier unilatéralement une disposition de la LC 1867 qui est « intangible », au motif qu'elle est « indivisiblement liée à la mise en oeuvre du principe fédéral ou à une condition fondamentale de l'union. »[74] L'article 133 LC 1867 est l'exemple paradigmatique d'une telle disposition.[75] Le juge Beetz laisse également entendre que le pouvoir d'une province de modifier sa constitution « ne comprend pas nécessairement le pouvoir de provoquer des bouleversements constitutionnels profonds par l'introduction d'institutions politiques étrangères et incompatibles avec le système canadien. »[76]

Qui plus est, une province ne peut faire par l'article 45 LC 1982 ce qui relève d'une autre procédure de modification (par exemple, les charges de lieutenant-gouverneur et de souverain).[77] Ce dernier point était au cœur de la décision de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*.[78] Parlant de la procédure de modification unilatérale reconnue au Parlement fédéral à l'art. 44 LC 1982, la Cour souligne qu'elle a une « portée restreinte », que « l'historique, les termes et la structure de la partie V indiquent que la procédure normale de modification de la Constitution est prévue à l'art. 38 plutôt qu'à l'art. 44 », et que cet article est « une exception à la procédure normale. »[79] La même logique s'applique à la procédure de modification unilatérale accordée aux assemblées législatives par l'article 45 LC 1982. Autrement dit, une province ne pourrait, par exemple, se fonder sur cet article pour modifier le régime de péréquation, car une telle modification passerait par la formule générale de modification nécessitant l'assentiment du Parlement fédéral et de sept provinces dont la population confondue représente au moins cinquante pour cent de la population de

[73] 1981 CanLII 14 (CSC), [1981] 1 RCS 31.
[74] *Le procureur général de l'Ontario* c. *SEFPO*, [1987] 2 RCS 2, 40; voir aussi *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32 (CanLII), [2014] 1 RCS 704, aux par. 47-48.
[75] Voir *Procureur général du Québec* c. *Blaikie et autres*, 1981 CanLII 14 (CSC), [1981] 1 RCS 31.
[76] *Le procureur général de l'Ontario* c. *SEFPO*, [1987] 2 RCS 2, 47.
[77] *Le procureur général de l'Ontario* c. *SEFPO*, [1987] 2 RCS 2, 47.
[78] 2014 CSC 32 (CanLII), [2014] 1 RCS 704
[79] *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32 (CanLII), [2014] 1 RCS 704, au par. 75.

toutes les provinces (art. 38 LC 1982). Et il en irait de même d'une modification au partage des compétences. La Cour suprême a également déclaré que le Parlement fédéral ne peut modifier unilatéralement les dispositions de la *Loi sur la Cour suprême* relatives à des matières exigeant dorénavant la participation d'autres partenaires fédéraux (al. 41)d) et al. 42(1)d) LC 1982.[80] Quant à une modification de l'article 133 dans sa partie fédérale, elle exigerait le recours à la procédure d'unanimité (al. 41 c) LC 1982)[81] et, dans sa partie québécoise, à la procédure requérant l'assentiment du Québec et du Parlement fédéral (al. 43 b) LC 1982).

> **90Q.1 et 90Q.2** : Si on entendait les introduire dans une loi provinciale appelée Constitution du Québec adoptée conformément à l'article 45 LC 1982, il faudrait s'assurer que ces articles ne portent pas sur une matière dont l'adoption relève d'une procédure autre que celle prévue à l'article 45 LC 1982.
>
> Je suis convaincu que ce n'est pas le cas en ce qui concerne 90Q.1. Puisque, comme on vient de le dire, l'article 45 LC 1982 confère un pouvoir législatif *provincial*, il serait inconstitutionnel de prétendre que 90Q.1 pourrait avoir un impact analogue à la clause de la « société distincte » qui figurait dans l'*Accord du Lac Meech*. Cette disposition disait clairement que « *[t]oute interprétation de la Constitution du Canada* doit concorder avec […] la reconnaissance de ce que le Québec forme au sein du Canada une société distincte.[82] » Il ne fait aucun doute que cette disposition était destinée à jouer sur l'interprétation de toutes les dispositions de la Constitution du Canada, d'où l'obligation d'en faire l'adoption au moyen de l'article 38 LC 1982. Ici, la portée limitée du pouvoir provincial reconnu par l'article 45 LC 1982 ne permet pas d'assigner à 90Q.1 un rôle aussi ambitieux. Cet article ne pourrait avoir d'impact qu'à l'intérieur de l'ordre constitutionnel québécois.
>
> Comme je l'ai déjà souligné dans la section 1.3., la légalité constitutionnelle de 90Q.2 est douteuse. L'article 45 LC 1982 ne permet pas au Québec de modifier unilatéralement l'art. 133 LC 1867. Je le rappelle, une modification de l'article 133 dans sa partie fédérale exigerait le recours à la procédure d'unanimité (al. 41 c) LC 1982) et, dans sa partie

---

[80] *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6,* 2014 CSC 21 (CanLII), [2014] 1 RCS 433.

[81] Comme le dit José Woerhling (« *Les constitutions du Canada et du Québec* » : 520) : « L'article 41c), combiné avec l'article 43b), vise les dispositions constitutionnelles relatives à l'usage du français ou de l'anglais qui ne sont pas 'applicables à certaines provinces seulement'. Il s'agit de la partie fédérale de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et des articles 16(1), 16(3), 17(1), 18(10, 19(1), 20(1), 21, 22 et 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. »

[82] Mes italiques. Dans son intégralité, le nouvel article qui aurait été « inséré » dans la LC 1867 se lisait comme suit : «2.(1) Toute interprétation de la Constitution du Canada doit concorder avec : a) la reconnaissance de ce que l'existence de Canadiens d'expression française, concentrés au Québec mais présents aussi dans le reste du pays, et de Canadiens d'expression anglaise, concentrés dans le reste du pays mais aussi présents au Québec, constitue une caractéristique fondamentale du Canada; b) la reconnaissance de ce que le Québec forme au sein du Canada une société distincte. »

> québécoise, à la procédure requérant l'assentiment du Québec et du Parlement fédéral (al. 43 b) LC 1982). Pour les motifs que j'ai exposés dans la section 1.3., je pense que, tel qu'il est formulé actuellement, 90Q.2 entre en conflit direct avec le libellé de 133. Il serait donc inconstitutionnel de l'adopter tel quel aux termes de l'article 45 de la LC 1867. Je pense également qu'il pourrait contrevenir à l'article 35 LC 1982. Pour en préserver la constitutionnalité, il faudrait, comme le proposaient d'ailleurs H. Cauchon et P. Taillon, y ajouter les mots suivants : « Dans le respect des droits prévus à l'article 133 LC 1867 et aux articles 16(1), 23 et 35 de la LC 1982, le français est la seule langue officielle du Québec. »[83]

Certains affirment que l'adoption de 90Q.1 et 90Q.2 devrait se faire conformément à l'article 43(b) LC 1982 qui exige la participation du gouvernement fédéral pour toute modification « des dispositions relatives à l'usage du français ou de l'anglais dans une province », et donc à l'art. 133 LC 1867. Elles ne pourraient donc être adoptées unilatéralement dans une loi constitutionnelle provinciale aux termes de l'article 45.

Toutefois, si, comme je le suggère, 90Q.1 et 90Q.2 étaient intégrés à une loi provinciale appelée Constitution du Québec adoptée en vertu de l'art. 45 LC 1982, et qu'on y ajoutait la réserve proposée, on ne pourrait alors parler de modification des « dispositions » que sont les articles 133 LC 1867 et 23 LC 1982. Nul besoin alors de recourir à l'article 43 LC 1982.

Le recours à l'article 43 LC 1982 : Si le gouvernement voulait malgré tout adopter 90Q.2 tel quel dans une éventuelle Constitution du Québec, comme je le disais à l'instant, la disposition risquerait fort d'être déclarée inconstitutionnelle. Dans ce cas, proposent d'autres commentateurs, pourquoi ne pas opter pour la certitude et demander la collaboration du fédéral pour que soit enclenchée une adoption aux termes de l'article 43 LC 1982. L'article 43 LC 1982 prévoit ce qui suit :

> **43** Les *dispositions de la Constitution du Canada applicables à certaines provinces seulement* ne peuvent être modifiées que par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province concernée. Le présent article s'applique notamment :
>
> **a)** aux changements du tracé des frontières interprovinciales;
>
> **b)** aux *modifications des dispositions* relatives à l'usage du français ou de l'anglais dans une province. [mes italiques]

[83] « La constitution formelle des États fédéral et fédérés au Canada » : 306; ces auteurs ne faisaient toutefois pas référence aux articles 23 et 35 de la LC 1982. Peut-être préféraient-ils éviter toute référence à la LC 1982 dans une disposition destinée à incarner l'autonomie de la nation québécoise.

Il est vrai que tous les partis fédéraux ont adopté une motion appuyant l'initiative de Québec.[84] On notera toutefois que la motion reconnaît le pouvoir *de la province* d'agir unilatéralement. Je peux me tromper, mais je pense que les partis fédéraux sont bien contents de voir la province agir seule. Premièrement, parce que la modification n'aura d'impact qu'à l'intérieur de la province, et pas ailleurs. Deuxièmement, parce l'adoption, conformément à l'article 43 LC 1982, d'une résolution par le Sénat et la Chambre des communes pourrait s'avérer une entreprise plus périlleuse que l'adoption de la motion du 16 juin 2021. Enfin, je ne vois pas le gouvernement fédéral accepter d'adopter 90Q.2 sans les réserves mentionnées plus haut. Même 90Q.1 poserait problème. En effet, si la modification est entérinée conformément à l'article 43 LC 1982 plutôt que 45 LC 1982, quelle sera la portée de la reconnaissance de la nation québécoise? Sera-t-elle encore confinée à l'espace québécois ou n'aura-t-elle pas une portée plus grande? Par exemple, pourrait-elle être invoquée lors de l'interprétation des lois fédérales au Québec?

Le problème posé par l'article 16.1 de la Charte canadienne des droits et libertés : D'autres encore ont soutenu que, puisque l'article 16.1 LC 1982 qui vise à reconnaître l'égalité de statut des communautés linguistiques française et anglaise du Nouveau-Brunswick a été adopté conformément à l'article 43 LC 1982, il doit en aller de même de l'article 159 du projet de loi.

Pour répondre à cette question, il faut examiner de plus près le rapport entre les articles 43 et 45 de la LC 1982. Le moins qu'on puisse dire, c'est qu'il n'est pas clair.

Le problème tient au fait que le libellé du premier semble ouvrir la porte à une diminution radicale du pouvoir que les provinces avaient, antérieurement à 1982, de modifier leur constitution. En effet, il y est dit que les « dispositions de la Constitution du Canada applicables à certaines provinces seulement » ne peuvent être modifiées que sur autorisation du Parlement fédéral et de l'assemblée législative de chaque province concernée. Or il s'avère qu'un grand nombre de dispositions de la LC 1867 ne s'appliquent qu'à certaines provinces. L'article 71 LC 1867 relatif au conseil législatif du Québec en est un bel exemple. Cet article a été modifié sans problème par le Québec en 1968, aux termes du par. 92(1) LC 1867.[85] Toutefois, comme l'art. 71 LC 1867 figurent parmi les « dispositions de la Constitution du Canada applicables à certaines provinces seulement », est-ce à dire que l'article 45 LC 1982 ne permettrait plus aujourd'hui de le modifier? Des auteurs sont d'avis que, pour éviter d'interpréter cet article de manière plus restrictive que son prédécesseur le par. 92(1) LC 1867, il faut conclure que « l'article 43 vise uniquement [les modifications] qui ne peuvent pas être considérées comme faisant partie de la constitution de cette province, au sens de l'article 45. »[86]

---

[84] « Que la Chambre convienne que l'article 45 de la Loi constitutionnelle de 1982 confère au Québec et aux provinces la compétence exclusive pour modifier leurs constitutions respectives, et prenne acte de la volonté du Québec d'inscrire dans sa constitution que les Québécoises et les Québécois forment une nation, que le français est la seule langue officielle du Québec et qu'il est aussi la langue commune de la nation québécoise. » (https://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/43-2/chambre/seance-119/journaux)

[85] *Loi concernant le Conseil législatif*, S.Q. 1968, c. 9.

[86] José Woehrling, « *Les constitutions du Canada et du Québec* » : 517; pour un avis analogue, voir Peter W. Hogg et Wade K. Wright, *Constitutional Law of Canada*, 5e édition (mise à jour annuelle), Toronto, Thomson Reuters, 2021 : section 4 :19.

Je viens de défendre l'idée qu'une province visée spécifiquement par une disposition de la Constitution du Canada (tels les articles 133 LC 1867, 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, 23 LC 1982 et les par. 16(2), 16.1, 17(2), 18(2), 19(2) et 20(2) LC 1982) peut tout de même adopter des mesures relatives à l'usage de la langue si elles respectent le seuil établi par ces normes. En effet, selon moi, avec l'ajout des réserves que propose, 90Q.1 et 90Q.2 pourrait figurer dans un Constitution du Québec. Je suis donc d'avis qu'une province visée par une « disposition de la Constitution du Canada applicable à certaines provinces seulement » peut constater ou aller au-delà de la protection garantie par celle-ci en ajoutant des protections additionnelles, et ce, en vertu de l'article 45 LC 1982. Dans la logique de J. Woerhling et P. Hogg, cela signifie toutefois que la même modification ne pourrait pas être faite en vertu de l'article 43 LC 1982.

En revanche, certains soutiennent que l'ajout de l'article 16.1 à la *Charte canadienne* prouve le contraire de ce que j'avance. Il serait la preuve qu'il faut *absolument* recourir à l'article 43, même lorsqu'il s'agit d'ajouter des protections qui vont au-delà de ce qu'établit une « disposition de la Constitution du Canada applicable à certaines provinces seulement » en matière linguistique. En effet, à la lecture de l'article 16.1 et de l'interprétation qui lui a été donnée dans *Charlebois* c. *Mowat*,[87] il semble bien que cette disposition ne touche en rien des questions hors du ressort de la province, et qu'elle n'enfreignait manifestement pas les par. 16(2), 16.1, 17(2), 18(2), 19(2) et 20(2) LC 1982. Et pourtant, on a eu recours à la procédure établie à l'article 43 LC 1982 pour en faire l'adoption. L'ajout de nouvelles protections aurait donc été perçu comme une « modification indirecte » des paragraphes cités plus haut; d'où la nécessité de recourir au sens de l'alinéa 43)b) LC 1982. Il faudrait en conclure que toutes les provinces visées par une garantie linguistique enchâssée dans la Constitution du Canada ne peuvent légiférer seules en matière linguistique, même si elles respectent le seuil établi par cette garantie, et même si elles cherchent à mieux protéger leurs minorités linguistiques. Je le répète, l'article 43 s'appliquerait non seulement aux modifications directes d'une telle garantie, mais également à toute forme de « modification *indirecte* des dispositions relatives à l'usage du français ou de l'anglais dans une province » au sens de l'alinéa 43)b) LC 1982. La collaboration du Parlement fédéral serait donc nécessaire.

Une interprétation aussi libérale du mot « modification » à l'alinéa 43)b) LC 1982 est irréconciliable avec l'esprit de la Partie V de la LC 1982. S'il existe d'excellentes raisons pour faire participer les membres du Parlement fédéral à toute tentative de *diminuer* la protection offerte par certaines « dispositions » fondamentales enchâssées dans la constitution formelle et spécifiquement applicables à une province, il n'en existe aucune pour *exiger* leur collaboration, quand une loi provinciale n'enfreint pas ou dépasse le seuil fixé par ces dispositions. Il serait stupéfiant de penser que la LC 1982 interdit à une province d'être unilatéralement généreuse, si elle entend l'être. En plus, cette étonnante contrainte ne s'appliquerait qu'aux provinces spécifiquement frappées par des dispositions constitutionnelles linguistiques. Toutes les autres pourraient adopter des lois généreuses en matière linguistique sans craindre d'être accusées de modifier indirectement « des dispositions relatives à l'usage du français ou de l'anglais dans une province » au sens de l'alinéa 43)b) LC 1982.

[87] 2001 NBCA 117 (CanLII)

Bref, il me semble que l'article 16.1 aurait pu être adopté unilatéralement par le législateur néo-brunswickois et incorporé dans une loi provinciale (mais pas dans la LC 1982, pour les motifs exposés dans la section 2.2.1.).

Mais alors, comment expliquer que cet article 16.1 ait été adopté en vertu de l'article 43 LC 1867? N'ai-je pas dit plus haut que, d'après J. Woerhling et P. Hogg, « l'article 43 vise uniquement [les modifications] qui ne peuvent pas être considérées comme faisant partie de la constitution de cette province, au sens de l'article 45 »? Si mon interprétation est la bonne, l'adoption de l'article 16.1 est-elle inconstitutionnelle? Je ne le pense pas.

Il me semble qu'il ne faut pas exagérer la portée des propos de J. Woerhling et P. Hogg. Dire qu'on ne peut *exiger* que soit faite par l'article 43 LC 1982 une modification qui pourrait l'être par 45 LC 1982 ne signifie pas que, si les autorités provinciales le désirent et que ce n'est pas interdit par un autre article de la Partie V, il soit impossible de la réaliser par l'article 43 LC 1982.

Une interprétation des articles 43 et 45 LC 1982 qui ferait honneur à l'esprit de la Partie V épouserait la forme suivante. Toute modification qui vise à *diminuer* le seuil fixé par une disposition relative à l'usage du français ou de l'anglais dans une province doit obligatoirement passer par l'article 43 LC 1982, alors qu'une modification qui respecte ce seuil ou vise à l'élever pourrait être modifiée, selon le souhait des acteurs politiques provinciaux, par l'art. 45 LC 1982 (en tant que « modification à la constitution de la province ») *ou* par l'alinéa 43)b) LC 1982 (en tant que « modification [entendue au sens large] d'une disposition relative à l'usage du français ou de l'anglais dans une province ».[88]

Cette interprétation permettrait à une province de réglementer seule, et parfois à la hausse, les droits de ses minorités linguistiques par le moyen d'une loi adoptée en vertu de l'article 45 LC 1982. La province pourrait également assujettir toute modification future de cette loi à l'assentiment d'une majorité renforcée des député.e.s. Enfin, elle pourrait en assurer la primauté par l'introduction d'une disposition analogue à l'article 52 de la *Charte québécoise des droits et libertés* et l'article 2 de la *Déclaration canadienne des droits*.

Cependant, *sans y être tenues*, les autorités provinciales pourraient solliciter la collaboration du Parlement fédéral, car l'inconvénient d'une modification qui passe par l'article 45 LC 1982, c'est qu'elle repose sur une loi qui peut être modifiée conformément au processus législatif ordinaire (à moins, comme je viens de le dire, qu'on ait prévu un mécanisme d'adoption complexe). Or, si on prend l'exemple de l'adoption de l'article 16.1, il faut rappeler que, depuis l'élection néo-brunswickoise de 1991, le parti Confederation of Regions, un parti opposé au bilinguisme dans la province, siégeait en tant qu'opposition officielle.[89] On peut donc comprendre l'intérêt pour les acteurs politiques de 1993, de recourir à l'article 43 LC 1982 plutôt que 45 pour adopter l'article 16.1. En procédant par

[88] Bien sûr, il ne faudrait pas que cette modification touche à l'usage du français et de l'anglais au sens où on l'entend à l'alinéa 41)c) LC 1982, ce qui n'est ni le cas de l'article 159 du projet de loi ou de l'art. 16.1 de la *Charte canadienne*.
[89] Il avait remporté 8 des 54 sièges disponibles.

l'article 43, l'adoption de la norme contenue dans le par. 16.1 était dorénavant enchâssée dans la Constitution du Canada, sa modification appelant dès lors la collaboration de plus d'un partenaire fédéral. Agir ainsi empêchait que le statut de la communauté francophone soit à la merci d'un éventuel revirement de majorité à la chambre d'assemblée du Nouveau-Brunswick. Selon moi, l'article 16.1 a donc été validement adopté.

Quatrième limite : L'article 45 LC 1982 ne pourrait permettre l'adoption de dispositions contraires à la *Charte canadienne des droits et libertés*. La jurisprudence montre bien que les lois constitutionnelles provinciale ou fédérale sont assujetties à la *Charte*.[90] L'article 45 LC 1982 ne confère pas, comme c'était le cas de l'article 93 LC 1867, un pouvoir qui autorise la province à « légiférer de manière sélective. »[91]

> **90Q.1 et 90Q.2** : Rien dans le libellé actuel de 90Q.1 et 90Q.2 ne contrevient à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si on en fait une lecture constitutionnelle, rien ne permet de conclure que 90Q.1 n'inclut pas toutes les Québécoises et tous les Québécois. Cette disposition ne pourrait servir à justifier, aux termes de l'article 9.1 de la *Charte québécoise* ou de l'article 1 de la *Charte canadienne*, une mesure qui ne traiterait pas tous les citoyens sur un pied d'égalité. En réalité, je pense que si cet article était intégré à une éventuelle Constitution du Québec, un tribunal interpréterait cette disposition en s'inspirant des propos de la Cour suprême sur la spécificité culturelle et juridique du Québec évoquée dans l'affaire *Ford c.*

---

[90] Voir, par exemple, *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493 et *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, [2019] 1 R.C.S. 3. Toutefois, rien n'empêcherait une province de limiter son propre recours à la clause dérogatoire prévue à l'article 33 LC 1982 en l'assujettissant, par exemple, à une majorité renforcée : à ce propos, voir Jean Leclair, « Refonder la légitimité de la clause de dérogation », La Presse +, le 9 avril 2019.

[91] *New Brunswick Broadcasting Co.* c. *Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, 391. Il est bien connu qu'une partie de la Constitution ne peut être abrogée ou atténuée par une autre partie de la Constitution » (373). Toutefois, comme l'explique la Juge Mclachlin dans cette affaire, lorsque ce principe a été invoqué avec succès, c'est lorsque le pouvoir reconnu par la constitution formelle *elle-même* autorisait la province à « légiférer de manière sélective » (391) ou autorisait « expressément » (*id.*) certaines distinctions. Autrement dit, pour reprendre la métaphore de la juge (390, 392-393), l'application de la *Charte* aurait abattu l'« arbre » constitutionnel lui-même et pas simplement le « fruit » ou l'exercice ponctuel d'un pouvoir donné. La même logique explique l'inopposabilité de la *Charte* aux privilèges parlementaires inhérents (c'est-à-dire nécessaires) des membres de l'assemblée législative d'une province. Ces privilèges inhérents ont été décrits comme conférant un « pouvoir juridique fondamental » (377), « détenu d'une façon absolue et constitutionnelle » (379) et dont la justification se fonde sur le principe de la séparation des pouvoirs (389). Or, « [u]n de ces privilèges, détenu de façon absolue et réputé constitutionnel, était le pouvoir d'exclure des étrangers des débats de l'assemblée législative » (379). Autrement dit, tout comme l'article 93 LC 1867 qui « conférait à la province la compétence pour légiférer d'une manière sélective et en opérant des distinctions dans le domaine de l'éducation, peu importe que le résultat puisse être considéré comme discriminatoire » (387), il en allait de même du pouvoir constitutionnel « absolu » et « exclusif » (387) reconnu aux assemblées législatives provinciales d'exclure les étrangers. À nouveau, l'application de la *Charte* aurait abattu l'« arbre » constitutionnel lui-même, c'est-à-dire le pouvoir absolu et exclusif reconnu à l'assemblée législative d'exclure les étrangers. La situation est cependant tout autre avec l'article 45 LC 1982. Le pouvoir reconnu par cette disposition aux provinces ne pourrait bien sûr lui-même être contesté sur la base de la *Charte*. Ce serait là tenter d'abattre l'arbre. Toutefois, il n'a jamais été conçu comme un pouvoir absolu et exclusif autorisant une province à « légiférer de manière sélective. » Bref, le fruit qui résulte de l'exercice de ce pouvoir serait assujetti à la *Charte*.

> *Québec* (Procureur général)[92] et le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*.[93]
>
> Enfin, en supposant toujours que ces dispositions seraient introduites dans une loi provinciale Constitution du Québec et adoptée conformément à l'article 45 LC 1982, il va de soi qu'elles n'auraient d'impact que dans l'ordre constitutionnel québécois. Je ne vois donc pas comment on pourrait soutenir qu'elles risqueraient de « provoquer des bouleversements constitutionnels profonds par l'introduction d'institutions politiques étrangères et incompatibles avec le système canadien. »[94]

***

En somme, l'article 45 LC 1982 ne permet de modification qu'à l'ordre constitutionnel *provincial*. Il n'a pas le potentiel de modifier radicalement le rapport du Québec avec le reste du Canada. Cela dit, je le répète, si on voulait le mobiliser pour modifier *l'ordre constitutionnel québécois lui-même*, alors son potentiel pourrait être énorme. On pourrait l'utiliser pour adopter une Constitution du Québec dont l'intégrité serait garantie par une procédure de modification complexe, et dont la primauté pourrait être assurée par l'introduction d'une disposition de suprématie analogue à l'article 52 de la *Charte québécoise*.

Quant aux articles 90Q.1 et 90Q.2, je dirais que, si on reformule le deuxième comme je le proposais plus haut, ils pourraient être adoptés dans une loi québécoise adoptée en vertu de l'article 45 LC 1982. On pourrait même rendre la modification de cette loi plus difficile et on pourrait lui assurer une primauté sur les autres lois provinciales.

Cette conclusion est toutefois sans intérêt pour les promoteurs du projet de loi, car leur objectif n'est pas tant de rédiger une constitution pour le Québec, que d'inscrire la spécificité du Québec dans la partie de la Constitution du Canada qui lui « appartient » pour reprendre l'expression du ministre Simon Jolin-Barrette. Pour lui, ce qui fait tout l'intérêt de l'article 159, c'est qu'à travers lui, « c'est tout simplement le Québec qui s'autodéfinit » dans la loi fondamentale de l'État canadien.[95]

L'idée de dire son fait au Canada anglais est loin d'être mauvaise, mais le moyen employé, c'est-à-dire modifier le texte de la LC 1867 en y insérant 90Q.1 et 90Q.2 est à mon sens inconstitutionnel. Le temps est venu d'exposer et d'analyser la théorie constitutionnelle de H. Cauchon et P. Taillon sur laquelle reposent les prétentions du gouvernement.

2.2. Le pouvoir d'une province de modifier le contenu et le texte de la LC 1867

[92] [1988] 2 R.C.S. 712
[93] 2014 CSC 21 (CanLII), [2014] 1 RCS 433
[94] *Le procureur général de l'Ontario* c. *SEFPO*, [1987] 2 RCS 2, 47.
[95] Les citations sont tirées de Marco Bélair-Cirino, « Le Québec francophone dans la Constitution canadienne, sans demander de permission », Le Devoir, 13 mai 2021.

J'ai fait la démonstration jusqu'à présent que, dans l'exercice du pouvoir constituant que lui reconnaît l'article 45 LC 1982, l'Assemblée nationale pourrait adopter en partie 90Q.1 et 90Q.2 dans une loi provinciale intitulée la Constitution du Québec.

Le gouvernement entend toutefois les insérer dans la LC 1867. Rappelons que l'article 159 du projet de loi énonce ce qui suit :

> 159. La Loi constitutionnelle de 1867 (30-31 Vict., ch. 3 (R.-U.); 1982, ch. 11 (R.-U.)) *est modifiée par l'insertion*, après l'article 90, de ce qui suit :
>
> « CARACTÉRISTIQUES FONDAMENTALES DU QUÉBEC
>
> « 90Q.1. Les Québécoises et les Québécois forment une nation.
>
> « 90Q.2. Le français est la seule langue officielle du Québec. Il est aussi la langue commune de la nation québécoise. ». [Mes italiques]

Pour savoir si une telle insertion est possible, nous examinerons les deux points suivants : le pouvoir des provinces de modifier le contenu et le texte de la LC 1867 (2.2.1.) et, ensuite, leur pouvoir d'y ajouter unilatéralement de nouvelles dispositions (2.2.2). C'est à l'occasion de cette sous-section que j'examinerai en détail la thèse de H. Cauchon et P. Taillon.

2.2.1. Le pouvoir d'une province de modifier le contenu et le texte de la LC 1867

Oublions pour l'instant la question de l'insertion possible de nouveautés dans la LC 1982, et concentrons-nous sur la question de savoir si, dans l'exercice du pouvoir constituant qui lui est reconnu par l'article 45 LC 1982, une province peut adopter des lois qui modifient le contenu et la forme de la LC 1867. Nous n'avons encore rien dit de cette importante question

2.2.1.1. Le pouvoir d'une province de modifier le contenu de la LC 1867

Il ne fait aucun doute que, dans les limites fixées par 2.1.2., les provinces peuvent, au moyen de lois adoptées en vertu de l'article 45 LC 1982, modifier unilatéralement le contenu de certaines dispositions de la LC 1867. L'abolition du conseil législatif prévu à l'article 71 LC 1867 par la loi provinciale de 1968 en est un bel exemple.

De telles modifications sont possibles par le jeu combiné de l'article 45 LC 1982 et des par. 7(2) et (3) du *Statut de Westminster, 1931* (« SdeW 1931 »)[96] qui sont toujours en vigueur

[96] 22 Geo. V, ch. 4 (R.-U.). Voici les dispositions pertinentes de cette loi britannique:

> 2 (1) La loi de 1865 sur la validité des lois coloniales, intitulée *Colonial Laws Validity Act, 1865*, ne s'applique pas aux lois adoptées par le parlement d'un dominion [Parlement fédéral] après l'entrée en vigueur de la présente loi.

aujourd'hui.[97] Avec l'abrogation du par. 7(1) SdeW 1931[98] qui interdisait la modification de la LC 1867 par le Parlement fédéral et les provinces, et le maintien en vigueur des par. 7(2) et (3), il devient possible d'affirmer que le parlement fédéral *et* les provinces sont *expressément* autorisés à modifier la LC 1867 dans les limites de ce que la nouvelle formule de modification établie par la Partie V de la LC 1982 les autorise à faire (art. 44 et 45 LC 1982). Par le jeu combiné des par. 7(2) et (3) et du par. 2(2) du SdeW 1931, les provinces ont donc « parmi [leurs] pouvoirs celui d'abroger ou de modifier ces lois ou textes [c'est-à-dire les « lois existantes ou ultérieures du Parlement du Royaume-Uni », ce qui inclut la LC 1867] dans la mesure où ils font partie du droit [de la province]. »[99] Ce

---

> (2) Les lois ou dispositions législatives adoptées par le parlement d'un dominion [Parlement fédéral] après l'entrée en vigueur de la présente loi ne sont pas invalides ni inopérantes du fait de leur incompatibilité soit avec le droit de l'Angleterre, soit avec les lois existantes ou ultérieures du Parlement du Royaume-Uni ou leurs textes d'application, le parlement du dominion [Parlement fédéral] ayant parmi ses pouvoirs celui d'abroger ou de modifier ces lois ou textes dans la mesure où ils font partie du droit du dominion.
>
> 7 (2) L'article 2 s'applique aux lois des provinces du Canada et aux pouvoirs de leurs législatures.
>
> (3) Les pouvoirs conférés par la présente loi au Parlement du Canada et aux législatures des provinces se limitent à l'édiction de lois dont l'objet relève de leurs compétences respectives.

[97] Voir Annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, item 17. Certains auteurs soutiennent que la Partie V de la LC 1982 est exhaustive et a rendu caduques toutes les autres procédures de modification prévues par d'autres lois constitutionnelles, tels que la *Loi constitutionnelle de 1871* (item 5) et le *Statut de Westminster, 1931* qui sont pourtant réputées faire partie de la Constitution du Canada en vertu du par. 52(2) LC 1982. Ils appuient cette affirmation sur le passage suivant du *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, 806 : « La *Loi constitutionnelle de 1982* est maintenant en vigueur. Sa légalité n'est ni contestée ni contestable. Elle prévoit une nouvelle procédure de modification de la Constitution du Canada qui remplace complètement l'ancienne tant au point de vue juridique que conventionnel. » Selon moi, ce passage n'est pas concluant. Premièrement, cette affaire portait sur l'existence d'une convention constitutionnelle reconnaissant au Québec un droit de veto conventionnel sur les modifications constitutionnelles affectant le pouvoir législatif de la province. Il ne fait aucun doute que les nouvelles formules de modification n'accordent rien de tel à la province de Québec et qu'elles « remplacent complètement » l'ancienne convention, dont la Cour a d'ailleurs jugé qu'elle n'existait pas (pour une critique féroce de cette décision, voir Marc E. Gold, « The Mask of Objectivity: Politics and Rhetoric in the Supreme Court of Canada » [1985] 7 *Supreme Court Law Review* 455). Deuxièmement, l'argument selon lequel les anciens mécanismes de modification peuvent se superposer aux nouvelles procédures, dans la mesure où ils les complètent sans les contredire, n'a jamais été examiné par la Cour. Enfin, comme le démontre José Woehrling, d'anciens mécanismes pourraient encore remplir d'utiles fonctions; il ne faudrait donc pas conclure trop vite à leur abrogation implicite ou à leur désuétude (« *Les constitutions du Canada et du Québec* » : 518-519).

[98] Voir Annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, item 17

[99] Stephen A. Scott, « Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes » (1982) 20 *U.W.O. L. Rev*. 247, 263-264: « The repeal of section 7(1) of the *Statute of Westminster, 1931*,19 now places the British North America Acts, 1867 to 1930 - or Constitution Acts, as they are now styled - on the *same* basis as that upon which *other* Imperial statutes have stood since the enactment of the Statute in 1931. The *British North America Acts*, or *Constitution Acts*, are now subject to repeal by the Parliament of Canada (under section 2 of the Statute) and by the legislatures of the provinces (under section 2 read with section 7(2)). The power, of course, is, in both cases, "restricted to the enactment of laws in relation to matters within the competence of the Parliament of Canada or of any of the legislatures of the Provinces respectively"

pouvoir d'abroger ou de modifier la LC 1867 s'exerce dans les limites prévues par l'article 45 LC 1982 et qui ont été décrites dans la section 2.1.2.

Ce pouvoir reconnu aux provinces inclut-il celui de modifier le texte de la LC 1867 et de le renuméroter? C'est ce que pensent H. Cauchon et P. Taillon.[100] On verra que leur point de vue est dominant. Toutefois, comme la question n'a jamais été formellement vidée par les tribunaux, et que je suis en désaccord avec leur interprétation, j'explorerai la question.

2.2.1.2. Le pouvoir d'une province de modifier le texte de la LC 1867 et de le renuméroter

À propos du pouvoir de la province de modifier le texte de la constitution formelle, H. Cauchon et P. Taillon affirment: « Certes, cela pourrait en surprendre certains qui, à tort, ont trop souvent tendance à reconnaître aux autorités fédérales une forme de monopole ou de veto sur les textes de la Constitution du Canada, pourtant commun à l'ensemble de la fédération. »[101] Personnellement, je pense, et ces auteurs seront peut-être surpris de me l'entendre dire, que même le Parlement fédéral ne peut modifier les textes, c'est-à-dire la forme, de la Constitution du Canada.[102]

Cette affirmation repose sur le fait que ni le Parlement fédéral ni les assemblées législatives ne peuvent modifier le *texte* d'une loi adoptée par le Parlement britannique.[103] Les formules de modification prévues par la Constitution du Canada autorisent simplement les nouveaux détenteurs du pouvoir constituant (dont l'identité varie selon les procédures prévues) à modifier le *contenu* des lois britanniques que sont, entre autres, la LC 1867 et la LC 1982. Le support normatif des modifications opérées en vertu des formules de modification prévues par la Constitution du Canada n'est pas la LC 1867 ou la LC 1982 « renumérotée », mais plutôt la *proclamation* du gouverneur général (dûment autorisée conformément aux procédures fixées aux articles 38, 41, 42 et 43 LC 1982 ou les *lois* fédérales ou provinciales autorisées par les articles 44 et 45 LC 1982. Les codifications où sont consolidées les modifications apportées à la LC 1867 et la LC 1982 précisent d'ailleurs n'être que des codifications administratives.[104]

(section 7(3)). *The Parliament of Canada and the legislatures of the provinces may now, therefore, fully exercise their powers, although with the effect of amending the British North America, or Constitution, Acts. The most obvious, but not necessarily the only, cases where the exercise of parliament's, or a provincial legislature's, legislative authority may involve amendment or repeal of provisions of these Imperial constitutional enactments will obviously arise through exercise of the "unilateral" federal and provincial amending powers (sections 44 and 45 of the 1982 Act)* » (mes italiques).

[100] « La constitution formelle des États fédéral et fédérés au Canada » : 277.

[101] « La constitution formelle des États fédéral et fédérés au Canada » : 306.

[102] Maxime St-Hilaire développe un argumentaire très similaire au mien dans « Quebec's Bill 96 is an Unconstitutional Attempt to Amend the Constitution of Canada », blogue des *Advocates or the Rule of Law*, le 8 juin 2021.

[103] Le parlement britannique, quant à lui, s'est engagé à ne plus jamais exercer son pouvoir constituant à l'égard Canada : *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), article 2.

[104] Codification administrative des LOIS CONSTITUTIONNELLES DE 1867 à 1982, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, CANADA, Lois codifiées au 1er janvier 2013, Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux, 2012. Comme le dit Maxime St-Hilaire : « For an amendment lies in the amending instrument, save a legal, and thus formal and official, consolidation of the amended text. This is why the

Je fonde mon argument sur l'interprétation donnée à l'article 129 LC 1867 dont la fonction s'apparente à celle des par. 7(2) et (3) du *Statut de Westminster, 1931* et des formules de modification prévue à la Partie V de la LC 1982. L'article 129 maintenait en vigueur le droit préconfédéral, mais déclarait que dorénavant, c'est-à-dire à partir de 1867, il ne pouvait être modifié que par le « parlement du Canada, ou par la législature de la province respective, conformément à l'autorité du parlement ou de cette législature en vertu de la présente loi [c'est-à-dire les articles 91-95 LC 1867]. » Le juge Rand, dans *Reference In re Bowater's Pulp and Paper Mills Ltd.*,[105] a déclaré que « the effect of [...] s. 129 of the *British North America Act* is to maintain *a continuity not of statutes but of laws*, in the sense of distributive provisions which take their place in the one or other jurisdiction according to their subject matter [...]. »

Ce que j'écrivais à l'occasion d'une analyse de l'impact de l'article 129 LC 1867 sur le processus de remplacement du *Code civil du Bas Canada* par le *Code civil du Québec* me semble directement applicable au sort du droit constitutionnel pré-1982 :

> Doit-on conclure de ce qui précède qu'aucun des deux ordres de gouvernement ne peut abroger le droit préconfédéral ? Nous ne le croyons pas. L'objet de l'article 129 était d'éviter un vacuum juridique au lendemain de l'entrée en vigueur de la Constitution. Or, comme le disait si bien le juge Rand dans [*Reference In re Bowater's Pulp and Paper Mills Ltd*], cet article « maintain[s] *a continuity not of statutes but of laws*, in the sense of distributive provisions which take their place in the one or other jurisdiction according to their subject matter »[28]. Tout le droit -et non simplement les « lois »- devait être maintenu en vigueur jusqu'à ce que l'autorité compétente le modifie ou l'abroge. Les anciennes lois préconfédérales ne deviennent pas, selon le cas, par le jeu de l'article 129, des lois fédérales ou provinciales. Elles n'ont jamais cessé et ne cesseront jamais d'être, sur le plan formel, des lois coloniales. L'article 129 n'a donc pas pour objet de maintenir en vigueur ces lois coloniales préconfédérales, mais bien plutôt les normes dont elles sont l'expression. *Cette disposition investit l'ordre de gouvernement compétent du pouvoir d'abroger ou de modifier ce contenu normatif, mais non la forme du support matériel auquel elles s'accrochaient auparavant*. L'ordre de gouvernement compétent à l'égard de la matière (« subject-matter ») visée par une norme préconfédérale pourra abroger cette dernière.
>
> Nous faisons cette référence explicite à un pouvoir de modifier la norme préconfédérale parce que, selon nous, il existe une différence entre celle-ci et le texte de loi qui en est l'expression. En effet, ce texte de loi n'est pas la norme elle-même, il n'en est que le support matériel. Ainsi, le pouvoir d'abroger correspond au pouvoir, pour une autorité législative, d'abolir, d'éradiquer

placement of an amendment must never be confused with how an *administrative* consolidation reads. For an amendment that has been incorporated into the amended text by way of a merely administrative consolidation (by the federal Ministry of Justice consolidating our two main constitution acts, for instance) does not alter the legal locus of the amendment, which remains the amending instrument »: « Quebec's Bill 96 is an Unconstitutional Attempt to Amend the Constitution of Canada », blogue des *Advocates or the Rule of Law*, le 8 juin 2021.

[105] [1950] R.C.S. 609, 639 (mes italiques).

> définitivement une norme juridique, ce qui peut se produire sans que le support matériel ne soit touché. Il ne s'agit pas ici de rendre inopérante *pro tanto* une disposition donnée; il s'agit plutôt d'en annihiler l'existence normative.
>
> […] Nous sommes plutôt d'avis que l'abrogation vise la suppression définitive de la norme, ce qui ne signifie pas nécessairement la suppression de son support matériel. Il n'en reste pas moins que, dans une telle situation, il y a abrogation puisque la norme est définitivement et non simplement temporairement écartée. C'est ce qui distingue l'abrogation, qui est un mode d'extinction de la norme, de l'inapplicabilité, qui a pour simple conséquence la mise en veilleuse de la norme.[106]

En somme, le *contenu* des lois britanniques, que sont entre autres la LC 1867 et la LC 1982, peut être abrogé, mais pas leur support matériel qui relève de la compétence exclusive du pouvoir législatif qui l'a adopté, à savoir le Parlement britannique.[107]

D'ailleurs, si on admet la théorie autorisant la modification du texte et la renumérotation d'un texte de loi adopté par une autre législature, une conséquence assez cocasse en découle.

Le *Code civil du Bas Canada* ayant été adopté en 1866, soit un an avant la Confédération, son abrogation en 1991 exigeait la participation des deux ordres de gouvernement. En effet, conformément à l'article 129 LC 1867, cette loi adoptée par l'assemblée législative du Canada-Uni avait été maintenue en vigueur, mais l'autorité pour en modifier le contenu appartenait dorénavant à l'ordre de gouvernement compétent conformément aux articles 91 à 95 LC 1867. Or plusieurs articles du CCBC relevaient de la compétence exclusive du Parlement fédéral, tout spécialement les articles relatifs aux conditions de fond du mariage (par. 91(26) LC 1867). Ottawa a donc adopté la *Loi d'harmonisation n^{o} 1 du droit fédéral avec le droit civil*[108] dont l'article 3 abroge « les dispositions du *Code civil du Bas Canada*, […] qui portent sur une matière relevant de la compétence du Parlement et qui n'ont pas fait l'objet d'une abrogation expresse. » Cette loi introduit aussi deux dispositions, auxquelles s'est ajoutée une troisième en 2005 : l'une autorisant le mariage entre personne

---

[106] Jean Leclair, *Étude de la légalité constitutionnelle de l'abrogation, par la Législature du Québec, des dispositions préconfédérales du* Code civil du Bas Canada *relatives aux lettres de change et à l'intérêt de l'argent*, in *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Ministère de la Justice du Canada, 1997, pp. 627-734 (pages 5-6 de la version électronique). Seules quelques notes de bas de page ont été conservées. Sur toutes ces questions, on peut également consulter Jean Leclair, *Réflexions sur les problèmes constitutionnels soulevés par l'abrogation du* Code civil du Bas Canada, in *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Ministère de la Justice du Canada, 1997, pp. 355-406; voir également Jean Leclair, « Réflexions sur les problèmes constitutionnels soulevés par l'abrogation du *Code civil du Bas Canada* » (1997) 99 *Revue du Notariat*, 155-197 .

[107] Dans un mémoire intitulé *Une province peut-elle modifier la Partie V de la Loi constitutionnelle de 1867 portant sur les constitutions provinciales? Une analyse historique*, et dont je n'ai pris connaissance qu'après avoir rédigé le présent texte, Michel Morin arrive à la même conclusion que moi, mais aux termes d'une analyse historique fouillée. Il fait la démonstration que le législateur québécois a lui-même toujours interprété son pouvoir de modifier la constitution de la province comme ne l'autorisant pas à modifier ou à abroger le texte de la LC 1867.

[108] L.C. 2001, ch. 4

de même sexe (art. 5)[109], une autre établissant l'âge minimal pour contracter mariage à seize ans (art. 6) et une dernière interdisant tout remariage avant dissolution du premier (art. 7). Chose intéressante, ces trois dispositions sont précédées par l'article 4 qui déclare : « Les articles 5 à 7, qui s'appliquent uniquement dans la province de Québec, s'interprètent *comme s'ils faisaient partie intégrante* du *Code civil du Québec*. »[110] Le Parlement fédéral aurait toutefois pu être plus ambitieux. Si on accepte la théorie autorisant la modification et la renumérotation d'un texte de loi adopté par une autre législature, le Parlement fédéral aurait pu édicter la disposition suivante :

> Le *Code civil du Bas Canada* est modifié par l'insertion, après l'article 115, de ce qui suit :
>
> CARACTÉRISQUES FONDAMENTALES DU MARIAGE AU QUÉBEC
>
> 115.1. Le mariage requiert le consentement libre et éclairé de deux personnes à se prendre mutuellement pour époux
>
> 115.2. Nul ne peut contracter mariage avant d'avoir atteint l'âge de seize ans.
>
> 115.3. Nul ne peut contracter un nouveau mariage avant que tout mariage antérieur ait été dissous par le décès ou le divorce ou frappé de nullité.

On imagine la réaction politique au Québec à une telle initiative.

En somme, si je reconnais que le Québec peut unilatéralement modifier le contenu existant de certaines dispositions de la LC 1867 au moyen de lois provinciales adoptées en vertu de l'article 45, je suis convaincu qu'il ne peut en modifier la forme ou les renuméroter. On comprendra que, selon moi, il peut encore moins y « insérer » des articles tout nouveaux.

Pour éviter toute confusion, je ne dis pas qu'une province ne peut introduire de nouveautés dans son droit constitutionnel interne au moyen d'une loi provinciale validement adoptée conformément à l'article 45 LC 1982. Au contraire. Je dis simplement qu'elle ne peut insérer ces nouveautés dans le texte de la LC 1867

Il importe maintenant d'exposer la thèse de H. Cauchon et P. Taillon sur cette question.

2.2.2. Le pouvoir d'une province d'insérer de nouvelles dispositions dans la LC 1867

2.2.2.1. La thèse de H. Cauchon et P. Taillon

H. Cauchon et P. Taillon soutiennent non seulement que l'article 45 LC 1982 permet de modifier 1) le contenu et 2) la forme (c'est-à-dire le texte) de la LC 1867, mais 3) qu'il autorise même une province à y ajouter (y « insérer » comme le dit l'article 159 du projet de loi) de nouvelles dispositions.

---

[109] Article 5 : « Le mariage requiert le consentement libre et éclairé de deux personnes à se prendre mutuellement pour époux. » C'est cet article qui a été ajouté en 2005 : *Loi sur le mariage civil*, L.C. ch. 33, art. 9.

[110] Mes italiques.

Pour justifier ce pouvoir d'une province d'introduire unilatéralement des modifications dans la LC 1867, les auteurs soutiennent que l'article 45 LC 1982 autorise l'exercice de deux types de pouvoir constituant. D'une part, un pouvoir constituant « ordinaire » que j'ai décrit dans la section 2.1.2, c'est-à-dire celui qui permet à l'assemblée législative d'une province d'adopter des « lois ordinaires matériellement constitutionnelles (par exemple : l'adoption de la *Loi électorale* [québécoise]. »[111] C'est de ce type de pouvoir dont la Cour suprême parle dans *SEFPO*. D'autre part, l'article 45 LC 1982 reconnaîtrait à la province un pouvoir constituant « formel » qui l'autoriserait à adopter des « lois formellement constitutionnelles (par exemple : l'abolition du Conseil législatif du Québec). »[112] C'est cette nouvelle catégorie qui est controversée. Aucun tribunal n'a eu encore l'occasion de se prononcer sur l'existence de cette deuxième catégorie de pouvoir.

La distinction faite par H. Cauchon et P. Taillon entre les deux pouvoirs est absolument fondamentale à leur thèse, car c'est elle qui explique la possibilité pour le Québec d'« insérer » unilatéralement des dispositions inédites dans la LC 1867. Les auteurs ont exposé leur thèse dans un texte intitulé « La constitution formelle des États fédéral et fédérés au Canada. »[113] Dans les pages qui suivent, j'en résumerai l'essence. Il se peut que, pour des fins de clarté, certaines choses soient rappelées à plus d'une reprise.

Avant d'aborder l'aspect technique de l'interprétation littérale proposée par les deux auteurs, il faut expliquer les prémisses de leur théorie constitutionnelle.

On a vu que, historiquement, l'« enchâssement » d'une norme constitutionnelle dans une constitution formelle avait pour objet de la protéger contre toute tentative unilatérale d'un des partenaires du contrat social d'en modifier le contenu. Une norme est enchâssée lorsque sa modification est assujettie à un mode spécial, plus contraignant d'adoption, lui-même prévu par la Constitution. En d'autres mots, une telle norme ne peut être adoptée ou modifiée comme peut l'être une simple loi ordinaire, car l'adoption ou la modification d'une loi ordinaire ne permet pas de recueillir le degré d'assentiment populaire requis pour modifier ce qui fait le cœur du contrat social de la communauté.

Il est frappant que, pour H. Cauchon et P. Taillon, peuvent figurer dans la constitution formelle des normes qui peuvent être adoptées et modifiées au moyen de simples lois. Cela s'explique parce que, pour eux, l'identification du contenu de la constitution formelle repose sur un critère purement technique : une norme est-elle, oui ou non, « supralégislative », c'est-à-dire jouit-elle « d'une primauté sur toute autre norme juridique ».[114] Autrement dit, la raison d'être de l'enchâssement de certaines normes plutôt que d'autres, ou encore celle de leur assujettissement à un mode particulier d'adoption et de modification, est sans importance pour déterminer le contenu de la constitution formelle, car tout est réglé au stade de l'identification des normes supralégislatives.

---

[111] « La constitution formelle des États fédéral et fédérés au Canada » : 301.
[112] *Ibid.*
[113] Dans Dave Guénette, Patrick Taillon et Marc Verdussen (dir.), *La révision constitutionnelle dans tous ses états*, Montréal/Bruxelles, Éditions Yvon Blais (Thomson Reuters)/Anthemis, 2020, p. 273-309.
[114] « La constitution formelle des États fédéral et fédérés au Canada » : 280.

En un mot, ils ne s'intéressent qu'à la suprématie des normes constitutionnelles (leur statut dans la hiérarchie judiciaire) et non à leur enchâssement (les procédures complexes d'adoption qui préviennent leur modification unilatérale par un seul acteur politique).

Voici comment s'expriment les deux auteurs au sujet de la notion de constitution formelle :

> [L]a constitution formelle se compose uniquement de règles qui jouissent d'une primauté sur toute autre norme juridique.[115]
>
> Sous-ensemble de la constitution matérielle, la constitution formelle se veut plus restreinte : elle se limite uniquement aux règles qui jouissent d'une primauté sur les autres normes juridiques.[116]
>
> Le caractère formel d'une constitution se traduit, le plus souvent, par la présence d'une disposition qui en assure la suprématie. Cette disposition a pour objectif de conférer un rang supralégislatif à des règles qui, autrement, jouiraient normalement d'un statut tout au plus de niveau législatif.[117]

Ce qui importe dans l'identification du contenu de la constitution formelle n'a donc rien à avoir avec les raisons qui ont poussé les rédacteurs de la LC 1982 à rendre plus complexe que d'autres la procédure de modification de certaines matières. Il s'agit de savoir quelles règles bénéficient d'une suprématie sur les autres lois. Point à la ligne.

> Il suffit de se demander si le texte ou l'article appartenant à la constitution matérielle de [l'État canadien] a été hissé au sommet de la hiérarchie des normes par son inclusion dans la définition de ce que comprend la constitution formelle du Canada.[118]

La réponse à cette question technique repose sur une interprétation des trois paragraphes de l'article 52 LC 1982 qui se lisent comme suit :

> 52 (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.
>
> (2) La Constitution du Canada comprend :
>
> a) la *Loi de 1982 sur le Canada*, y compris la présente loi;
>
> b) les textes législatifs et les décrets figurant à l'annexe;
>
> c) les modifications des textes législatifs et des décrets mentionnés aux alinéas a) ou b).
>
> (3) La Constitution du Canada ne peut être modifiée que conformément aux pouvoirs *conférés* par elle. [C'est moi qui souligne.]

[115] « La constitution formelle des États fédéral et fédérés au Canada » : 278.
[116] « La constitution formelle des États fédéral et fédérés au Canada » : 280.
[117] « La constitution formelle des États fédéral et fédérés au Canada » : 282.
[118] « La constitution formelle des États fédéral et fédérés au Canada », 298.

Le raisonnement des auteurs est le suivant :

> 1) Plusieurs articles de la LC 1867 portent sur des matières constitutionnelles exclusivement provinciales;
>
> 2) La LC 1867 est « comprise » dans la Constitution du Canada (préambule du par. 52(2) LC 1982), car elle figure à « l'annexe » (al. 52(2)b) LC 1982);
>
> 3) Les provinces peuvent modifier unilatéralement les articles relatifs à des matières constitutionnelles exclusivement provinciales;
>
> 4) Or, comme toute « modification » à la LC 1867 est comprise dans la Constitution du Canada (al. 52(2)c) LC 1982), il faut donc en conclure que les modifications unilatéralement apportées par une province aux dispositions *existantes* de la LC 1867 qui sont de son ressort font partie de « la loi suprême du Canada », [et qu'] elle[s] rend[ent] inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit » (par. 52(1) LC 1867)[119];
>
> 5) Une modification provinciale n'est pas limitée à la modification d'une disposition existante de la LC 1867, mais comprend aussi la possibilité d'y « insérer » unilatéralement de nouvelles dispositions : « En somme, le pouvoir constituant est souverain ; il peut librement décider d'inclure dans la constitution formelle tous les textes de son choix »[120] par le biais de l'article 45 LC 1982.

Ce cinquième argument est fondamental, car le gouvernement le mobilise actuellement pour affirmer qu'il est possible de modifier la LC 1867 « *par l'insertion*, après l'article 90 »[121] de 90Q.1 et 90Q.2. Autrement dit, les « modifications » iraient bien au-delà d'une modification du contenu *existant* de la LC 1867.

Mais alors, si le législateur québécois peut potentiellement faire toutes les modifications qu'il lui plaît, comment distinguer les *modifications* « ordinaires matériellement constitutionnelles » des *modifications* « formellement constitutionnelles »?

La réponse des auteurs est la suivante : dans le cas de mesures qui n'ont aucun lien avec le contenu existant de la LC 1867, le passage de la simple matérialité constitutionnelle à la

---

[119] Il est incontestable qu'avant 1982 la province pouvait modifier le contenu de certaines de ces dispositions au moyen du pouvoir constituant que lui reconnaissait le par. 92(1) LC 1867, aujourd'hui remplacé par l'article 45 LC 1982. C'est ce l'Assemblée nationale a fait en 1968 en abolissant le conseil législatif établi pour le Québec par l'article 71 LC 1867. Pour H. Cauchon et P. Taillon, cette loi ferait donc partie de la constitution formelle du Québec par le jeu des paragraphes 52(2), 52(3) et 52(1) LC 1982. En effet, selon leur théorie, cette modification bénéficierait aujourd'hui de la suprématie consacrée par le par 52(1) LC 1982 : « La constitution formelle des États fédéral et fédérés au Canada » : 302. Je pense plutôt, comme on le verra, que la *Loi concernant le Conseil législatif* a été valablement adoptée aux termes du pouvoir constituant ordinaire de la province et qu'elle ne jouit d'aucune primauté dans l'ordre constitutionnel québécois.

[120] « La constitution formelle des États fédéral et fédérés au Canada » : 283. Il est clair que les auteurs veulent dire par là « tous les textes de son choix » qui se rapportent à une matière matériellement constitutionnelle.

[121] Article 159 (mes italiques).

toute-puissance supralégislative reposerait simplement sur la volonté exprimée par le législateur provincial. Il suffit à ce dernier :

> …d'inclure une disposition déclaratoire ou une mention expresse afin de clarifier si un parlement entend simplement apporter une modification de niveau législatif à la constitution matérielle de son État ou s'il inscrit son action dans le cadre de son pouvoir de modifier certains aspects de la constitution formelle, tel que le prévoient les articles 45 et 52 de la Loi constitutionnelle de 1982. En outre, la disposition doit être claire.[122]

Bref, une simple majorité parlementaire trancherait entre les insertions/modifications qui méritent d'être « hissées »[123] au statut de normes constitutionnelles formelles (et d'ainsi bénéficier de la supralégalité garantie par le par. 52(1) LC 1982) de celles qui ne le méritent pas. Aucune exigence procédurale particulière n'est requise comme, par exemple, l'assentiment d'une majorité renforcée de député.e.s à l'adoption de cette norme constitutionnelle provinciale.

Si on analyse l'article 159 selon la logique de H. Cauchon et P. Taillon, il faut conclure qu'il n'entretient aucun lien avec le contenu d'une disposition existante de la LC 1867. Toujours selon cette logique, pour relever du pouvoir constituant formel de la province. Il aurait fallu que cet article comporte une disposition déclaratoire ou une mention expresse du pouvoir constituant prévu par l'article 45 LC 1982. Il n'en comporte aucune. Il faut bien admettre toutefois qu'il vise très certainement à modifier la LC 1867. En effet, il y est question de modification par insertion de 90Q.1 et 90Q.2 dans la LC 1867. Bref, si on accepte l'interprétation proposée par H. Cauchon et P. Taillon, il faudrait conclure que ces deux dispositions ont été élevées au rang de normes constitutionnelles formelles, et ce, même si la modification ne vise en rien le contenu existant de la LC 1867.[124]

2.2.2.2. Une critique de la thèse de H. Cauchon et P. Taillon

---

[122] « La constitution formelle des États fédéral et fédérés au Canada »; 303. Ils ajoutent (: 305) : [L]'inscription d'une volonté claire de modifier le texte de la loi suprême du Canada, définie au paragraphe 52(2), aurait pour conséquence de donner aux dispositions législatives ainsi intégrées le même rang dans la hiérarchie des normes que celui attribué aux autres dispositions de la constitution formelle. Un tel projet permettrait de nommer et d'inscrire la spécificité des institutions et de certains principes constitutifs directement dans le texte de la Constitution du Canada – et donc au même niveau que celle-ci – par l'adoption d'une loi du Parlement du Québec dont le contenu serait à l'intérieur de sa compétence constituante prévue à l'article 45. »

[123] « La constitution formelle des États fédéral et fédérés au Canada » : 298.

[124] Aux termes de la thèse défendue par les auteurs, la Charte québécoise aurait un statut supralégislatif, mais infraconstitutionnel. En effet, bien qu'elle soit une loi ordinaire matériellement constitutionnelle, H. Cauchon et P. Taillon reconnaissent que la *Charte québécoise* possède un statut supralégislatif en raison de son article 52 cité plus haut. Pour eux, cependant, son adoption résulte du pouvoir constituant « ordinaire » reconnu par l'art. 45 LC 1982. Elle serait donc située *au-dessous* des lois adoptées par le législateur québécois dans l'exercice explicite du pouvoir constituant « formel » que, selon les auteurs, lui reconnaît l'article 45 LC 1982. Les dispositions de la *Charte québécoise*, disent-ils, « sont supralégislatives, mais infraconstitutionnelles au sens où elles sont subordonnées à la constitution formelle. » : « La constitution formelle des États fédéral et fédérés au Canada » : 282, note de bas de page 18. Notons que la *Charte québécoise*, bien que matériellement constitutionnelle, peut être modifiée comme n'importe quelle loi d'importance mineure par la majorité parlementaire du moment. Les projets de loi 21 et 96 en sont d'ailleurs la preuve éclatante

J'ai déjà expliqué dans la section 2.2.1. pourquoi, selon moi, la thèse de l'« insertion » est irrecevable. Le Québec peut modifier le contenu existant de certaines dispositions de la LC 1867 au moyen de lois provinciales adoptées en vertu de l'article 45, mais il ne peut en modifier la forme ou les renuméroter. Il peut encore moins y « insérer » des articles tout nouveaux. En fait, comme je l'ai dit, aucune autorité législative canadienne est aujourd'hui capable de faire une telle chose. J'ajouterai que tolérer l'insertion d'ajouts dans la LC 1867 ouvre la porte à une balkanisation, d'un océan à l'autre, de cette loi, chaque gouvernement provincial pouvant y glisser ce qui fait sa préférence.

Si ces insertions dans la LC 1867 sont impossibles, alors comment expliquer que les accords du Lac Meech et de Charlottetown employaient à plusieurs reprises l'expression : « La *Loi constitutionnelle de 1867* est *modifiée par insertion*, après l'article X, de ce qui suit », et que les articles ainsi ajoutés comportaient une renumérotation? Premièrement, je reste convaincu que cette renumérotation et cette insertion n'auraient servi qu'à des fins « administratives. »[125] Pour les motifs donnés plus haut, le support normatif de ces modifications, si elles avaient été adoptées, n'aurait pas été la LC 1867, mais bien la *proclamation* du gouverneur général (dûment autorisées conformément aux procédures fixées par les articles 38 et 41 LC 1982). Deuxièmement, si on a choisi de faire figurer dans les « codifications administratives » les modifications issues de procédures complexes (articles 38, 41 et 43 LC 1982), et non celles qui sont le produit des articles 44 et 45 LC 1982, c'est parce que seules les premières portaient sur des questions touchant le cœur de l'alliance fédérale, c'est-à-dire des questions qui touchent plus d'un partenaire fédéral.

Ma conclusion sur l'inconstitutionnalité des tentatives « d'insertion » ne signifie pas que les provinces ne peuvent introduire de nouveautés dans leur droit constitutionnel interne. Cela signifie simplement qu'elles devront le faire au moyen de lois provinciales ordinaires —tel que l'autorise l'article 45 LC 1982— et non en insérant quoi que ce soit dans la LC 1867. Cela vaut également pour les innovations auxquelles le fédéral voudrait s'adonner « dans les matières [constitutionnelles] qui concernent uniquement ce gouvernement », pour reprendre l'expression de la Cour dans le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*.[126]

Dans la section finale, je présenterai ma critique de la conception de l'ordre constitutionnel et démocratique qui sous-tend l'interprétation proposée par les auteurs. Pour l'instant, j'aimerais simplement expliquer pourquoi l'approche littérale proposée par les auteurs est irréconciliable avec la vocation de la Partie V de la LC 1982.

Rappelons dans un premier temps que H. Cauchon et P. Taillon ne disent rien du fait que l'« enchâssement » d'une norme constitutionnelle dans une constitution formelle a pour objet de la protéger contre toute tentative unilatérale d'un des partenaires du contrat social d'en modifier le contenu, ou qu'une telle norme ne peut être adoptée ou modifiée comme peut l'être une simple loi ordinaire, parce que l'adoption ou la modification de celle-ci ne

[125] Voir *supra* note 99
[126] 1979 CanLII 169 (CSC), [1980] 1 RCS 54, 71.

permet pas de recueillir le degré d'assentiment populaire requis pour modifier ce qui fait le cœur du contrat social de la communauté.

Pour eux, la raison d'être de l'enchâssement de certaines normes plutôt que d'autres est sans importance pour déterminer le contenu de la constitution formelle. C'est uniquement la question de la « supralégalité » qui compte. Comme le je le résumais plus haut, ils ne s'intéressent qu'à la suprématie des normes constitutionnelles (leur statut dans la hiérarchie judiciaire) et non à leur enchâssement (les procédures complexes d'adoption qui empêchent leur modification unilatérale par un seul acteur politique). C'est pourquoi ils peuvent affirmer : « Toutes les dispositions qui composent la constitution formelle du Canada jouissent de l'autorité de la loi suprême, peu importe qu'elles soient modifiables ou non selon une des deux procédures unilatérales. »[127] Cette approche leur permet même de dire que « la Partie V ne prévoit pas de hiérarchie entre les différentes procédures de modification. Chacune connaît, certes, des exigences procédurales dont les limites varient, mais, à terme, il n'existe aucune gradation entre elles. »[128] Bref, selon leur théorie, si une norme fait partie de la Constitution du Canada en tant que « modification » au sens du par. 52(2), elle peut être intégrée à la constitution formelle par le jeu des par. 52(2), 52(3) et 52(1) LC 1982.

Dans une perspective de théorie politique démocratique, cette conclusion est surprenante. En général, la distinction entre pouvoir constituant formel et matériel renvoie à l'idée que la premier exige la participation d'un grand nombre d'acteurs à la modification ou à l'adoption de certaines normes constitutionnelles jugées fondamentales. C'est pourquoi une constitution formelle est assujettie à une procédure complexe de modification. Le deuxième pouvoir, quant à lui, comme il est présumé s'exercer sur des matières constitutionnelles appelant des modifications plus fréquentes, n'exige rien de plus que la participation des acteurs politiques « ordinaires » agissant conformément aux procédures législatives « ordinaires. »

L'objection la plus importante que l'on peut opposer à cette théorie « littérale », c'est qu'elle fait fi d'une chose fondamentale, savoir que la vocation de la Partie V de la constitution formelle du Canada est de protéger les normes les plus fondamentales *de l'alliance fédérale* contre *l'action unilatérale d'un partenaire de la fédération*. Cette partie vise à protéger le caractère fédéral de l'État canadien. Elle n'a pas pour vocation de limiter le pouvoir constituant qui s'exerce à l'intérieur de l'ordre constitutionnel provincial ou à l'intérieur de ce qui relève de la constitution interne du gouvernement fédéral. Au contraire, elle prévoit clairement que ces matières relèvent du pouvoir exclusif —et donc unilatéral— des deux ordres de gouvernement (art. 44 et 45 LC 1982).

Dans cette perspective, les seules matières qui méritent la protection garantie par le par. 52(1) sont celles dont la modification requière la collaboration de plus d'un partenaire fédéral (art. 38, 41 et 43 LC 1982). Elles seules méritent d'être enchâssées. Et ce sont aussi les seules auxquelles il faut accorder une primauté sur les autres règles de droit, sinon un des partenaires fédéraux pourrait tenter de les contourner dans l'exercice des pouvoirs qui

[127] « La constitution formelle des États fédéral et fédérés au Canada » : 298.
[128] « La constitution formelle des États fédéral et fédérés au Canada » : 288.

lui sont reconnus par les articles 91 et 92 LC 1867 et 44 et 45 LC 1982. La Constitution du Canada n'a rien à dire au sujet de la primauté qui doit être accordée à une norme constitutionnelle provinciale, puisque, par définition, une telle norme n'aura aucun impact sur les autres partenaires fédéraux.

Dans la mesure où une province agit dans le périmètre constitutionnel qui lui est reconnu, ce qui exclut toute forme d'intervention à l'égard de questions qui touchent les autres partenaires de la fédération, elle dispose du pouvoir souverain de choisir ce qu'elle veut inclure dans sa propre constitution. Et c'est à *elle* de déterminer si cette loi fondamentale provinciale mérite d'être protégée par une procédure de modification extraordinaire, et s'il est opportun de lui reconnaître une primauté sur les autres lois de la province.

En somme, je ne vois rien dans la théorie fort subtile proposée par H. Cauchon et P. Taillon qui puisse justifier qu'on abandonne l'interprétation traditionnellement donnée au pouvoir constituant provincial.[129]

Rejeter l'interprétation de ces auteurs ne signifie pas, toutefois, que 90Q.1 et 90Q.2 sont inconstitutionnels. Cela signifie simplement qu'ils pourraient être valablement adoptés en vertu de l'article 45 LC 1982 (sous réserve des limites mentionnées plus tôt), mais en tant que simples dispositions législatives provinciales matériellement constitutionnelles (comme la *Charte québécoise des droits et libertés*), c'est-à-dire en tant que manifestation du pouvoir constituant ordinaire de la province. À ce titre, ils ne seraient investis d'aucun statut supralégislatif. Cela dit, il serait possible de leur donner un tel statut et même de rendre leur modification plus difficile.

***

Avant de conclure, j'aimerais aborder deux arguments fondés sur les décisions de la Cour suprême dans les arrêts *New Brunswick Broadcasting Co.* c. *Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, *Canada (Chambre des communes)* c. *Vaid*[130] et *Succession Eurig (Re)*.[131]

New Brunswick Broadcasting Co. c. *Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, *Canada (Chambre des communes)* c. *Vaid* : Selon H. Cauchon et P. Taillon, ces deux décisions relatives aux privilèges parlementaires venaient appuyer l'idée que les provinces peuvent modifier la constitution formelle du Canada en y introduisant des nouveautés.

Dans *New Brunswick Broadcasting Co.* c. *Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, la Cour suprême a déclaré que les privilèges parlementaires inhérents reconnus en common law ont été incorporés dans la Constitution du Canada par le biais du préambule de la LC 1867. Ils font donc partie, a-t-elle dit, de la Constitution du Canada, car le par.

[129] Pour une opinion analogue à la mienne, voir Maxime St-Hilaire, Patrick F. Baud et Elena S. Drouin, « The Constitution of Canada as Supreme Law: A New Definition », (2019) 28 *Const. F.* 7.
[130] 2005 CSC 30 (CanLII), [2005] 1 RCS 667.
[131] 1998 CanLII 801 (CSC), [1998] 2 RCS 565.

52(2) LC 1982 « ne se veut pas clairement exhaustif. »[132] Dans *Canada (Chambre des communes)* c. *Vaid*, la Cour a jugé que les privilèges établis par voie législative avaient eux aussi, dans la mesure où ils satisfaisaient au critère de nécessité, « le *même* statut et le *même* poids constitutionnels que la *Charte* elle-même. »[133] Or comme il ne fait pas de doute que les provinces sont autorisées à légiférer en matière de privilèges parlementaires,[134] il s'ensuit, selon les auteurs, que, malgré leur caractère supralégislatif, ces privilèges peuvent « être restreints, étendus [sous réserve du critère de nécessité] ou abrogés en vertu de la procédure de modification unilatérale provinciale prévue à l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. »[135]

Dans *NBB* et *Vaid*, la Cour devait déterminer si la Charte était opposable ou non à des privilèges parlementaires. La question du pouvoir d'une province de modifier les privilèges parlementaires inhérents n'y a pas été discutée; elle est même toujours en suspens.[136] C'est une chose de dire que la *Charte canadienne* est inopposable à un privilège parlementaire inhérent, y compris lorsqu'il est constaté dans une loi provinciale, parce qu'il fait partie de la constitution formelle. C'en est une autre de dire que, pour cette raison, les provinces peuvent modifier et ajouter à la constitution formelle tout ce qu'elles jugent pertinent dans le ressort constitutionnel qui est le leur. En outre, à supposer que ce pouvoir provincial de modifier les privilèges parlementaires inhérents existe, il ne pourra s'exercer qu'au moyen d'une loi portant sur les privilèges parlementaires *d'une assemblée provinciale*. La supralégalité dont les auteurs parlent ne peut valoir qu'à l'intérieur de l'ordre constitutionnel provincial. Or, comme les intérêts d'aucun autre partenaire de la fédération n'est en jeu lorsqu'un législature provinciale légifère sur les privilèges parlementaires de sa propre assemblée, il ne sert strictement à rien d'assurer la primauté de cette loi au moyen de la Constitution du Canada. Enfin, même en admettant que l'argument des auteurs soit bon, et que, dans *Vaid*, la Cour suprême a reconnu aux provinces un pouvoir de modifier la constitution formelle du Canada, cela ne vaudrait qu'en matière de privilèges parlementaires, ce qui ne leur serait d'aucuns secours pour justifier l'adoption de 90Q.1 et 90Q.2 qui n'ont rien à voir avec cette question.

Eurig : Pour appuyer leur argument que les modifications effectuées en faisant expressément référence à l'article 45 LC 1982 bénéficient bel et bien de la primauté accordée à la Constitution du Canada par le par. 52(1) LC 1982, H. Cauchon et P. Taillon citent le passage suivant des motifs de la majorité dans *Succession Eurig (Re)* :

> En vertu de l'art. 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, chaque législature provinciale a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province. Ce pouvoir doit être lu en corrélation avec le par. 52(1) de la *Loi*

---

[132] *New Brunswick Broadcasting Co.* c. *Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, 378.
[133] 2005 CSC 30 (CanLII), [2005] 1 RCS 667, par. 34.
[134] *Fielding v. Thomas*, [1896] A.C. 600 et *Le procureur général de l'Ontario* c. *SEFPO*, [1987] 2 RCS 2, 41.
[135] « La constitution formelle des États fédéral et fédérés au Canada » : 298.
[136] voir Peter W. Hogg et Wade K. Wright, *Constitutional Law of Canada*, 5e édition (mise à jour annuelle), Toronto, Thomson Reuters, 2021 : section 1 : 7 : « It is not clear whether the decision in *NBB*, by holding that the powers and privileges of provincial legislative assemblies are part of the Constitution of Canada, has deprived the provincial Legislatures of the power to amend the power and privileges of their legislative assemblies. »

> *constitutionnelle de 1982*, qui porte que la Constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. Le paragraphe 52(1) exige effectivement que toute loi provinciale visant à modifier la constitution de la province le fasse expressément: voir J. Small dans «Money Bills and the Use of the Royal Recommendation in Canada: Practice versus Principle?» (1995), 27 *R.D. Ottawa* 33, à la p. 50. Si cette exigence n'est pas respectée, la loi risque d'être invalidée parce qu'elle est incompatible avec la Constitution.

Il est vrai qu'à sa face même, cette opinion incidente semble donner raison aux auteurs. Toutefois, replacée dans son contexte, elle ne peut être invoquée à l'appui de leur position.

Dans cette décision, on plaidait qu'une disposition de la *Loi sur l'administration de la justice* de l'Ontario avait implicitement modifié l'art. 53 de la LC 1867[137] dont « l'objet fondamental », pour reprendre les mots du juge Major, « est de constitutionnaliser le principe qu'un pouvoir de taxation ne peut découler accessoirement d'une mesure législative subordonnée. » La loi en litige, arguait-on, avait délégué au lieutenant-gouverneur en conseil un pouvoir de taxation, en contravention des articles 90 et 53 LC 1867. La majorité a conclu que la loi ontarienne n'avait pas eu cet effet. Mais à l'occasion de son jugement, le juge Major a dû répondre à la question de savoir si l'article 53 pouvait être « modifi[é| au moyen de dispositions législatives incompatibles. »[138] Parce qu'il a jugé que cette disposition était « un impératif constitutionnel »,[139] le juge Major a émis l'opinion incidente reproduite plus haut. Il est manifeste qu'il cherchait simplement à dire que, dans l'exercice de son pouvoir constituant, si la province entend, comme elle en a le droit, de modifier le contenu de l'article 53 LC 1867, elle doit le faire au moyen d'une loi qui le dise expressément. Un impératif constitutionnel ne peut être abrogé implicitement. On ne peut absolument pas voir dans ce passage une intention de tout chambarder l'interprétation de la Partie V de la LC 1982.

3. Pourquoi une constitution? Pourquoi la supralégalité?

La thèse du gouvernement est très technique. Elle n'a pas la simplicité et la cohérence de l'approche traditionnelle. En outre, toute l'armature intellectuelle fort subtile développée par H. Cauchon et P. Taillon, et reprise par le gouvernement, vise avant tout l'objectif suivant : à inscrire dans la Constitution formelle du Canada, ce qu'un grand nombre de Canadiens anglais ne veulent pas y voir, c'est-à-dire la reconnaissance de la spécificité de la nation québécoise.[140]

---

[137] « Tout projet de loi ayant pour objet l'affectation d'une portion quelconque du revenu public, ou la création de taxes ou d'impôts, devra prendre naissance à la Chambre des communes. » Cet article est rendu applicable aux provinces par l'art. 90 LC 1867.

[138] *Succession Eurig (Re)*, 1998 CanLII 801 (CSC), [1998] 2 RCS 565, au par. 34.

[139] *Succession Eurig (Re)*, 1998 CanLII 801 (CSC), [1998] 2 RCS 565, au par. 34.

[140] « La constitution formelle des États fédéral et fédérés au Canada » : 305 : « Un tel projet de loi permettrait de nommer et d'inscrire, la spécificité des institutions et de certains principes constitutifs directement dans le texte de la Constitution du Canada – et donc au même niveau que celle-ci – par l'adoption d'une loi du Parlement du Québec dont le contenu serait à l'intérieur de sa compétence constituante prévue à l'article 45. »

Rappelons ce qui a été dit plus haut : l'article 45 LC 1982 reconnait aux provinces le pouvoir de se donner une constitution dans les limites de ce qu'autorise la Constitution du Canada. Le Québec pourrait donc adopter les articles 90Q.1et 90Q.2 du projet de loi dans une loi appelée Constitution du Québec. Q90.2 devrait cependant être légèrement reformulé afin de respecter les garanties linguistiques prévues dans les LC 1867 et 1982.

Mais la théorie constitutionnelle développée par H. Cauchon et P. Taillon, et reprise par le gouvernement, va beaucoup plus loin. Elle consiste à dire que le Québec peut modifier, de manière simultanée, la constitution du Québec et la constitution formelle du Canada. On l'a vu, les deux auteurs postulent qu'il suffit d'une simple référence à l'article 45 LC 1982 dans une loi québécoise adoptée selon les modalités habituelles pour insérer de nouvelles dispositions dans LC 1867. Et ces dispositions, nous disent-ils, jouiront d'une primauté sur les autres lois provinciales en raison du par. 52(1) LC 1982; c'est-à-dire qu'elles auront un statut supralégislatif, au sens de « au-dessus des autres lois. »

C'est donc dire que, selon la théorie constitutionnelle gouvernementale, l'adoption d'une loi permettant une modification à la Constitution du Québec ne requiert qu'une majorité absolue des voix à l'Assemblée nationale. Rien de plus.

On aurait pu penser, par exemple, que l'adoption d'une norme constitutionnelle appelée à définir la nature de la nation aurait dû exiger l'assentiment d'une majorité renforcée (des 2/3) des député.e.s qui la représentent, ou encore une approbation par voie référendaire. Rien de tout cela n'est nécessaire. L'utilisation de la procédure du bâillon n'est même pas exclue.

Bref, je le répète, l'adoption d'une loi permettant une modification à la Constitution du Québec ne requiert donc qu'une majorité absolue des voix à l'Assemblée nationale. Or, lorsque le parti au pouvoir détient une majorité absolue des sièges, personne n'est dupe. C'est la volonté du premier ministre (et de son cabinet) qui déterminera ce qui mérite de figurer dans la constitution formelle du Québec. L'article 159 du projet de loi changera la constitution du Québec et son adoption ne requerra pourtant rien d'autre que l'appui d'une majorité de député.e.s.

Au-delà de l'importante victoire symbolique que la théorie constitutionnelle du gouvernement permet de réaliser (inscrire la différence québécoise dans le marbre constitutionnel canadien), les conséquences juridiques et politiques de leur interprétation sont donc troublantes.

Premièrement, parce qu'elle concentre dans les mains du parti détenant la majorité des sièges à l'Assemblée nationale, le soin de décider ce qui mérite ou non d'être « hissé » au statut de norme supralégislative dans la hiérarchie du droit constitutionnel provincial. Et deuxièmement, parce qu'elle encourage une dynamique où la rédaction d'une constitution est vue comme une démarche où la volonté de la nation se limite à ce que le gouvernement majoritaire du jour (aujourd'hui la CAQ, demain le PLQ ou peut-être QS) dégagera des commentaires militants tirés de sa page Facebook.

L'approche gouvernementale oublie que la supralégalité (ou primauté de la constitution) n'est pas une simple affaire technique relative au statut d'une norme dans la pyramide des règles de droit constitutionnel. Politiquement, la primauté de la constitution vient consacrer l'idée que certaines parties du contrat social d'une nation sont d'une telle importance qu'elles doivent prévaloir sur les lois ordinaires qui y contreviennent. Et parce qu'elles ont une telle importance, l'adoption et la modification des normes les plus fondamentales du contrat social d'une communauté politique sont assujetties à une procédure de modification qui permet d'éviter que le gouvernement du jour ne les modifie selon ce que son humeur lui dicte.

Autrement dit, ces normes fondamentales ne sont généralement pas modifiables au moyen d'une loi dont l'adoption dépend de la seule volonté de la majorité parlementaire du moment. Afin de s'assurer qu'une norme constitutionnelle reflète véritablement le contrat social, pour être en mesure d'affirmer qu'elle est le miroir de la volonté du plus grand nombre possible de citoyens et citoyennes de la nation, cette norme doit être assujettie à un mécanisme d'adoption qui embrasse le plus d'acteurs et d'actrices possible. Certains pays exigent, par exemple, l'obtention d'une majorité renforcée, c'est-à-dire le vote des deux tiers des députés de l'assemblée, d'autres exigent le recours à un référendum.

Faute de procédure d'adoption extraordinaire (majorité renforcée, référendum), la constitution du Québec ne sera pas nécessairement le reflet de la nation telle que la conçoivent les Québécoises et les Québécois. Elle sera plutôt le reflet de la nation tel que le parti détenant la majorité parlementaire se la représente.

La preuve, c'est qu'au cours des années 1970, les partis libéraux et péquistes se sont ralliés autour de ce qui était alors considéré comme l'une des pièces maîtresses de l'ordre constitutionnel québécois : la *Charte québécoise des droits et libertés*. Aujourd'hui, au moyen de simples clauses de dérogation, on relègue ce document « infraconstitutionnel » dans le placard des objets perdus.[141]

Aujourd'hui, la majorité parlementaire propose l'article 159, demain un autre parti proposera autre chose. Et si un parti d'opposition soulève une objection, la majorité parlementaire associée à la discipline de parti et à la procédure du bâillon viendra « dicter » le contenu de la constitution du Québec.[142] « La nation sera bâillonnée », pourrait-on dire, en s'inspirant du titre d'un livre de mon collègue Daniel Turp.[143]

Si l'intention ici est de faire autre chose que de simplement dire son fait au Canada anglais, si l'intention était vraiment d'affirmer haut et fort ce que les Québécois et les Québécoises,

---

[141] En passant, j'en profite pour dire que, si on veut fonder la légitimité du recours à l'article 33 LC 1982 sur une base plus solide, il faudrait en assujettir le déclenchement à l'obtention de l'assentiment d'une majorité de député.e.s : voir Jean Leclair, « Refonder la légitimité de la clause de dérogation », La Presse +, le 9 avril 2019 (version anglaise) Jean Leclair, « Rebuilding the Legitimacy of the Notwithstanding Clause » Policy Options, le 30 avril 2019; et Jean Leclair, « La place du droit dans le débat sur la laïcité », La Presse +, le 6 avril 2019.

[142] « Langue française : les libéraux demandent à la CAQ de renoncer au bâillon », *La Presse canadienne*, le 16 septembre 2021.

[143] *La nation bâillonnée. Le plan B ou l'offensive d'Ottawa contre le Québec*, VLB, Montréal, 2000.

entre eux, pour eux, estiment être au cœur de l'identité de la nation québécoise, alors ce n'est pas vers la constitution formelle du Canada qu'on devrait se tourner.

Un véritable acte d'auto-détermination ne devrait pas consister à fonder la supériorité des normes constitutionnelles québécoises sur le socle technique de la LC 1982 ou LC 1867. Il devrait résulter d'un acte purement québécois qui permettrait de fonder la supériorité de ces normes sur la volonté, non pas du parti majoritaire au pouvoir, mais du plus grand nombre d'acteurs et d'actrices représentants de la nation.

Il ne manque pas de grands prêtres et de grandes prêtresses pour nous dire ce qu'est ou n'est pas la nation et pour nous la présenter comme une masse unanime, anonyme et homogène, ou pour nous dire ce qu'elle désire ou ce qui la terrorise (le multiculturalisme, par exemple). Il serait peut-être temps qu'ils se taisent et donne la parole à cette fameuse nation.

Au minimum, tout véritable projet de constitution devrait requérir, pour son adoption et sa modification ultérieure, l'approbation d'une majorité renforcée des représentant.e.s de la nation. Pourquoi? Parce que les 125 député.e.s de l'Assemblée nationale sont l'incarnation institutionnelle de la « Nation assemblée », pour employer la belle expression du révolutionnaire français Bailly. Une nation qui n'est pas aussi homogène et unanime qu'on le soutient. Et il faudrait réfléchir sérieusement sur l'articulation des rapports entre nation québécoise et nations autochtones, en gardant à l'esprit qu'elles se chevauchent bien plus qu'elles ne s'opposent.

On pourrait également reconnaître une primauté à cette constitution sur les lois ordinaires, non par le jeu compliqué de l'article 45 LC 1982, mais par la technique législative très simple qui a été employée à l'article 52 de la *Charte québécoise des droits et libertés*. Une technique simple, à la portée de l'Assemblée nationale, et qui n'exige pas de recourir à la béquille des paragraphes 52(2) et cie.

Une dernière chose. Ces dernières années, nos énergies constitutionnelles ont été beaucoup consacrées à « protéger » la nation : le recours à deux reprises à la clause dérogatoire pour écarter la *Charte québécoise des droits et libertés*,[144] la stupéfiante opposition, encore une fois à deux reprises, entre les droits collectifs de la nation et les droits individuels de ses propres membres,[145] et aujourd'hui ce camouflet administré au Canada anglais par cette inscription de la différence québécoise dans la Constitution du Canada.

---

[144] Art. 33 de la *Loi sur la laïcité de l'État*, L-O.3 et article 118 du projet de loi.

[145] Préambule de la *Loi sur la laïcité de l'État*, L-o.3: « CONSIDÉRANT qu'il y a lieu d'affirmer la laïcité de l'État en assurant un équilibre entre les droits collectifs de la nation québécoise et les droits et libertés de la personne »; art. 1 du projet de loi. Pour une critique de cette disposition, voir Jean Leclair, « Droits collectifs et nation québécoise » La Presse+, le 21 mai 2021; voir aussi Noura Karazivan et Jean-François Gaudreault-Desbiens, « Rights Trivialization, Constitutional Legitimacy Deficit, and Derogation Clauses : The Example of Quebec's *Laïcty Act* »dans Jean Leclair (et Noura Karazivan) (dir.), *The Political and Constitutional Legacy of Pierre Elliott Trudeau — L'héritage politique et constitutionnel de Pierre Elliott Trudeau*, LexisNexis, Toronto, 2020, 487-516.

J'espère qu'un jour on se rappellera que la vocation des constitutions écrites n'est pas simplement de « constituer » le peuple et le pouvoir étatique afin de faire face à l'ennemi. Il est indéniable que ce rôle a été historiquement fondamental.[146] Mais, il ne faut pas oublier qu'elles remplissent aussi, depuis le 18e siècle, la fonction de limiter le pouvoir que l'État peut exercer sur sa population. Or, les deux ordres de gouvernement —fédéral *et* québécois, possèdent un pouvoir de contrainte étendu sur la vie des membres de la nation québécoise. Et au moment même où l'on discute du projet de loi 96, le Québec vit une période marquée par une des plus grandes concentrations de pouvoir entre les mains d'un premier ministre et de son cabinet.

Le pouvoir exécutif mérite tout notre respect, mais quand vient le temps d'exprimer la volonté des citoyens de la nation, c'est l'Assemblée nationale qui doit avoir le dernier mot. Et pour que les volontés multiformes des citoyens et citoyennes de cette nation puissent s'incarner dans une constitution, le plus grand nombre possible de leurs représentants et représentantes doivent participer, non pas simplement aux délibérations, mais à l'adoption du contrat social qu'elle consacrera.

[146] Linda Colley, *The Gun, the Ship and the Pen. Warfare, Constitutions, and the Making of the Modern World*, Liveright Publishing Co., New York, 2021.