

**La Législature du Québec ne peut pas unilatéralement
ajouter des dispositions au texte de la *Loi
constitutionnelle, 1867***

Mémoire présenté à la

Commission de la culture et de l'éducation

dans le cadre de la

**Consultations particulières et auditions publiques sur le projet
de loi n° 96, Loi sur la langue officielle et commune du Québec,
le français**

Le 5 octobre 2021

Professeur Hugo Cyr*

**Faculté de science politique et de droit
Université du Québec à Montréal**

* Me Hugo Cyr, avocat émérite (Ad.E.) a été doyen de la Faculté de science politique et de droit (2015-2020) et est professeur de droit constitutionnel et de théorie du droit à l'Université du Québec à Montréal. Ayant fait ses études à l'Université McGill, à la Yale Law School et à l'Université de Montréal, il a été chercheur invité à l'Académie européenne de théorie du droit (Bruxelles) et clerk auprès du juge Ian C. Binnie de la Cour suprême du Canada. Il a aussi été *Boulton Fellow* et professeur invité à l'Université McGill et *Schell Fellow* à la Yale Law School. Il est aussi membre du Centre de recherche interdisciplinaire sur la diversité et la démocratie (CRIDAQ) et, depuis 2017, il est le directeur, Axe Fédéralisme de coopération, asymétrie et solidarité du Centre d'analyse politique : Constitution et Fédéralisme.

Résumé	4
Recommandations	5
Introduction	7
1. Les termes et notions du débat	8
a. La constitution formelle	8
b. La « Constitution du Canada »	9
c. Les deux sens de l'expression « modification de la Constitution du Canada »	9
d. La constitution matérielle.....	10
e. L'expression « constitution de la province » n'inclut pas l'ensemble de la « constitution matérielle » de la province	11
2. La modification constitutionnelle proposée par le PL 96 ne peut se faire que de concert avec l'autorité législative fédérale	12
a. La modification constitutionnelle prévue à l'art. 159 PL 96 ne peut être validement effectuée qu'en conformité à l'art. 43 <i>Lc 1982</i> qui exige non seulement une proclamation de l'Assemblée nationale, mais aussi une proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes.....	13
i. La nécessité d'utiliser la procédure de modification de l'art. 43 <i>Lc 1982 pour modifier la Constitution du Canada relativement à l'usage du français ou de l'anglais dans une province</i>	13
ii. L'impact de la modification proposée sur des droits linguistiques garantis constitutionnellement renforce la nécessité d'avoir recours à une procédure de modification multilatérale.....	14
1. La plupart des droits linguistiques prévus à l'art. 133 et applicables au Québec ne peuvent être modifiés que par la formule prévue à l'art. 45 <i>Lc 1982</i>	14
2. Les droits linguistiques prévus à l'art. 19 (1) <i>Lc 1982</i> – reprenant une partie des droits garantis à l'art. 133 <i>Lc 1867</i> - ne peuvent être modifiés que par la formule 7/50 prévue à l'art. 41 (c) <i>Lc 1982</i>	16
Recommandation 1	18
Recommandation 2	18
b. Une modification au texte de la <i>Loi constitutionnelle, 1867</i> ne peut être faite que par une proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes	18
i. L'art. 45 <i>Lc 1982</i> « déconstitutionnalise » les normes constitutionnelles que la province possède en propre en lui permettant de les modifier par de simples lois	20
ii. L'art. 45 <i>Lc 1982</i> ne permet pas de « constitutionnaliser » par une simple loi une disposition pour l'inscrire dans la constitution formelle du Canada	22

iii. L'intérêt stratégique à ne pas préciser que la modification constitutionnelle
vise à s'inscrire au sein de la *Lc 1867* 26

Recommandation 3 (subsidaire) 27

Résumé L'art. 159 du projet de loi n° 96, *Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français* (PL. 96) propose de modifier le texte même de la *Loi constitutionnelle, 1867* par l'ajout de deux dispositions :

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. ».

Cet ajout au texte de la *Loi constitutionnelle, 1867* est fort probablement inconstitutionnel s'il n'est pas fait conjointement à une « proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes ».¹

1. La Législature du Québec ne peut pas modifier unilatéralement les dispositions de la « Constitution du Canada (...) relatives à l'usage du français ou de l'anglais dans une province ». Une modification à une disposition de la *Constitution du Canada* relative à l'usage du français ou de l'anglais dans une province requiert une 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 la province concernée (art. 43 *Loi constitutionnelle, 1982* (Lc 1982)). L'art. 159 PL 96, faisant du français la « seule langue officielle du Québec », touche nécessairement à l'usage du français ou de l'anglais dans la province. Si l'objectif est de modifier la *Constitution du Canada* pour y inclure cet élément, il faudra alors impérativement la collaboration des autorités législatives fédérales.

2. Si toutefois, les tribunaux en venaient à considérer que l'art. 159 PL 96 ne visait pas à modifier la « Constitution du Canada » relativement à « l'usage du français et de l'anglais dans [la] province », et qu'il n'imposait pas une restriction aux droits garantis par les articles 133 *LC 1867* et 19(1) *Lc 1982*, cela serait insuffisant pour démontrer que le parlement du Québec peut unilatéralement modifier la *Lc 1867* pour y insérer de nouveaux articles 90Q.1 et 90Q.2. C'est que **l'art. 45 *Lc 1982* accorde à la législature le pouvoir de modifier « la constitution de sa province », mais non le pouvoir de modifier texte de la *Lc 1867* lui-même.**

Le texte de la *Loi constitutionnelle, 1867* n'est pas un Wiki qui peut être modifié par n'importe quel acteur constitutionnel. Seule une proclamation du gouverneur

¹ L'obtention d'une résolution du Sénat peut parfois être contournée grâce à l'art. 47(1) de la *Lc 1982*.

général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes peut modifier le texte de la *Lc 1867*, en vertu des diverses formules d'amendement prévues par la *Lc 1982*. C'est pourquoi aucune modification unilatérale permise aux provinces n'a jamais modifié le texte même de la *Lc 1867*; le texte demeure intact mais les dispositions visées sont alors considérées périmées.

3. Si certains obstacles constitutionnels se dressent devant les objectifs poursuivis par l'Assemblée nationale, notre mémoire propose des moyens pour les surmonter. **Dans la mesure où l'objectif est d'inscrire au cœur de la constitution du Québec ce que l'Assemblée nationale considère être des caractéristiques fondamentales de sa constitution, mieux vaut utiliser les moyens les plus sûrs pour y arriver. Pour éviter de donner des prises à d'éventuelles contestations judiciaires qui risqueraient de faire invalider ce pan important de la réforme de la loi 101, nous formulons les recommandations suivantes :**

Recommandations

1. L'adoption de l'article 159 PL 96 visant à modifier la *Loi constitutionnelle de 1867* (30-31 Vict., ch. 3 (R.-U.); 1982, ch. 11 (R.-U.)) devrait se faire de concert avec une proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat et de la Chambre des communes de manière à respecter la règle de modification constitutionnelle prévue à l'art. 43 de *Loi constitutionnelle, 1982*;
2. La disposition adoptée devrait porter la mention « Sous réserve du droit de chacun d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux établis par le Parlement et dans tous les actes de procédure qui en découlent »;
3. Subsidiairement, si une proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat et de la Chambre des communes n'est pas obtenue pour quelque raison que ce soit, l'art. 159 PL 96 pourrait peut-être adopté de manière unilatérale par le parlement du Québec en vertu de l'art. 45 de la *Loi constitutionnelle, 1982* à condition d'être modifié
 - a. par le retrait de la tentative de modifier le texte de l'art. 90 *Loi constitutionnelle, 1867* et son remplacement par une déclaration selon laquelle les éléments qu'il contient participent de « la constitution du Québec », ou alternativement, de la « constitution de la province »;
 - b. par l'ajout de la partie soulignée : « Sous réserve de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle, 1867* et de l'article 19 (1) de la *Loi constitutionnelle, 1982*, le français est la seule langue officielle du Québec. ».

Le nouvel article 159 se lirait alors ainsi :

159. La constitution du Québec reconnaît les caractéristiques fondamentales du Québec suivantes :

1. Les Québécoises et les Québécois forment une nation;

2. Sous réserve des articles 133 de la *Loi constitutionnelle, 1867* et 19 (1) de la *Loi constitutionnelle, 1982*, le français est la seule langue officielle du Québec. Il est aussi la langue commune de la nation québécoise.

Ne pas respecter ces recommandations pose d'importants risques d'invalidation judiciaire de la mesure souhaitée.

Introduction

L'édifice du droit constitutionnel canadien n'est pas le produit d'une intention unique et arrêtée comme le serait un immeuble construit à partir de plans d'un architecte. L'édifice constitutionnel canadien s'est plutôt développé organiquement², petit à petit, comme l'on prend un immeuble existant et que l'on rénove au fur et à mesure que le temps passe, selon nos besoins, tout en maintenant la cohérence inhérente à ses fondations pour éviter qu'il ne s'écroule. Ceci explique notamment pourquoi cette constitution est présentée comme une œuvre inachevée et qui doit être développée à la lumière des besoins évolutifs de la société³. Le droit constitutionnel canadien ne permet toutefois que les développements qui s'opèrent en continuité avec les règles existantes⁴; une modification constitutionnelle opérée par un parlement doit être faite en suivant les règles constitutionnelles prévues à cet effet pour être valide.

Le projet de loi n° 96, *Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français* (PL. 96) propose d'ajouter un nouveau jalon à ce développement constitutionnel. Parmi les nouveaux éléments qu'il propose se trouve l'art. 159 PL. 96. Celui-ci propose de modifier le texte même de la *Loi constitutionnelle, 1867* par l'ajout de deux dispositions :

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. ».

Cet ajout au texte de la *Loi constitutionnelle, 1867* est fort probablement inconstitutionnel s'il n'est pas fait conjointement à proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat⁵, de la Chambre

² H Cyr, *Canadian Federalism and Treaty Powers: Organic Constitutionalism at Work*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2009.

³ Hugo Cyr, « Conceptual Metaphors for an Unfinished Constitution » (2014) 19 Rev Const Stud 1.

⁴ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217.

⁵ L'obtention d'une résolution du Sénat peut parfois être contournée grâce à l'art. 47(1) de la *Lc 1982*. Cet article prévoit :

Dans les cas visés à l'article 38, 41, 42 ou 43, il peut être passé outre au défaut d'autorisation du Sénat si celui-ci n'a pas adopté de résolution dans un délai de cent quatre-vingts jours suivant l'adoption de celle de la Chambre des

des communes. **Il ne s'agit pas ici d'un jugement d'opportunité de la mesure proposée, mais plutôt d'une conclusion d'une analyse purement juridique.**

Pour bien comprendre le raisonnement qui appuie cet avis, il est nécessaire de rappeler certaines notions du droit constitutionnel canadien (1). Cela nous permettra ensuite de mieux comprendre le jeu des diverses dispositions constitutionnelles impliquées dans ce projet de modifications constitutionnelles et de voir pourquoi, en vertu de l'art. 43 *Lc 1982*, la modification constitutionnelle désirée ne pourra se faire que de concert avec l'autorité législative fédérale (2). Nous démontrerons donc pourquoi une modification aux dispositions de la « Constitution du Canada (...) relatives à l'usage du français ou de l'anglais dans une province » ne peut pas se faire unilatéralement (2.a), et pourquoi une modification au texte de la *Loi constitutionnelle, 1867*, ne peut être faite que par une « proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes » (2.b). À la lumière de chacune de ces conclusions, nous offrirons des solutions pour atteindre les objectifs visés par l'art. 159 PL 96 tout en diminuant les risques associés à de potentielles contestations judiciaires des mesures qui seront adoptées.

1. Les termes et notions du débat

Le terme « constitution » s'emploie, en droit constitutionnel, dans deux sens principaux différents : la constitution formelle et la constitution matérielle. Il faut aussi expliquer comment ces diverses significations se reflètent dans le langage technique du droit constitutionnel canadien. Il est donc nécessaire d'examiner ces distinctions pour comprendre les difficultés constitutionnelles que pose l'art. 159 PL 96.⁶

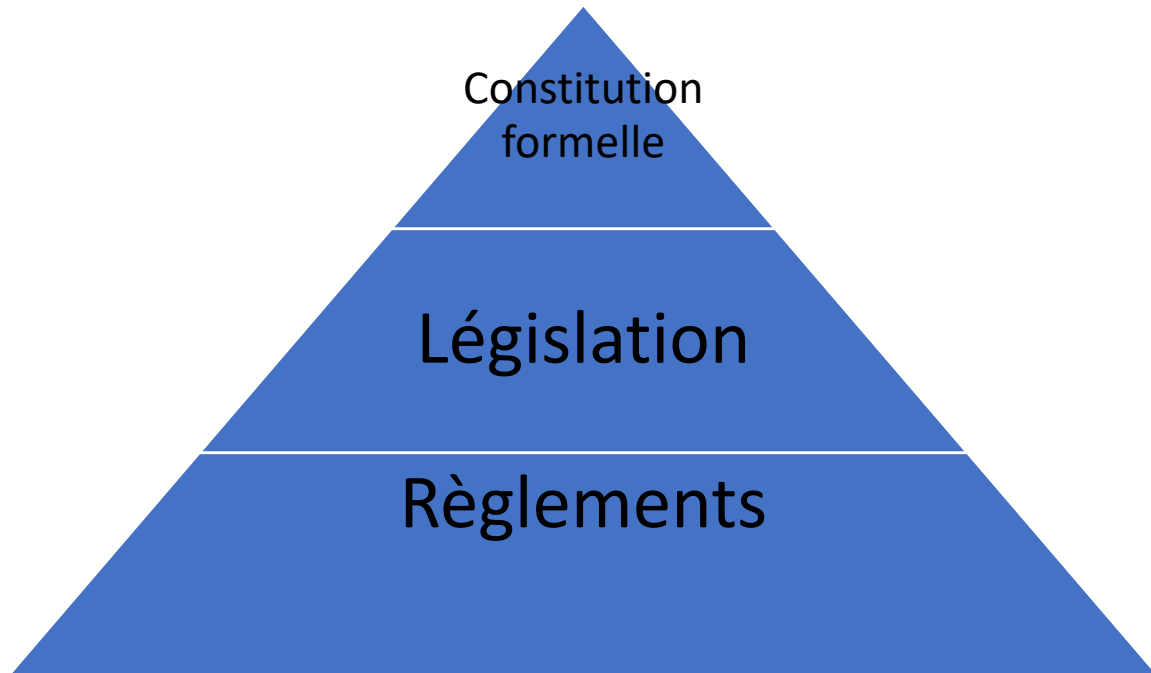
a. La constitution formelle

Le terme « constitution » désigne **constitution dans son sens formel**. C'est l'ensemble des normes (règles et principes) supralégislatives, c'est-à-dire qu'elles sont supérieures aux autres normes en ce qu'elles posent les conditions de validité de ces autres normes. Ainsi, une norme inférieure -- une simple loi, par exemple -- qui ne serait pas conforme aux normes de la constitution formelle serait invalide. C'est en ce sens

communes et si cette dernière, après l'expiration du délai, adopte une nouvelle résolution dans le même sens.

⁶ Pour une explication plus approfondie des divers termes, des sources du droit constitutionnel et de leurs modes d'interprétation, voir Hugo Cyr, « L'absurdité du critère scriptural pour qualifier la constitution » (2012) 6 JPPL 293, cité avec approbation sur ces questions par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, [2014] 1 RCS 704 au para 25.

qu'on dit qu'elles sont situées dans le haut de la hiérarchie – ou de la pyramide – des normes :



b. La « Constitution du Canada »

Au Canada, cet ensemble de normes est appelé « **Constitution du Canada** », avec un « C » majuscule. L'art. 52 (1) *Lc 1982* confirme le statut supralégislatif de la *Constitution du Canada* :

La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

L'art. 52 (2) offre une liste non exhaustive⁷ des lois et décrets qui ont été intégrés dans ce groupe particulier de normes. La *Loi constitutionnelle, 1867* et la *Loi constitutionnelle, 1982* font notamment partie des lois auxquelles cet alinéa fait référence.

c. Les deux sens de l'expression « modification de la Constitution du Canada »

L'art. 52 (3) confirme que la « Constitution du Canada ne peut être modifiée que conformément aux pouvoirs conférés par elle ». (La disposition dérogatoire prévue à l'art. 33 de la *Charte canadienne* ne permet pas de déroger aux modalités de modification constitutionnelles prévues dans la *Lc 1982*).

⁷ Voir notamment *New Brunswick Broadcasting Co c Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 RCS 319.

La Partie V de la *Lc 1982* prévoit notamment les diverses « procédures générales » de modification de la Constitution du Canada. Il existe aussi des « procédures spécifiques » permettant la modification de certaines normes de la Constitution du Canada, sans nécessairement que ces modifications se reflètent ensuite dans les textes des lois contenant les normes initiales et qui se trouvent modifiées. Voir, par exemple, les art. 35, 40, 41, 47, 105, 130 et 131 *Lc 1867*.

La « modification » a ici deux sens distincts : (1) la modification de la norme constitutionnelle elle-même, c'est-à-dire ce qu'elle exige, ou (2) modification des textes de loi qui exprimaient la norme initiale qui a été modifiée.

Il est possible – et même courant! – de modifier la norme constitutionnelle tout en ne modifiant pas le texte de la loi initiale contenant la norme originelle. C'est d'ailleurs ce qui a été fait lorsque le Conseil législatif a été aboli par la Législature du Québec en 1968, comme nous le verrons plus loin. Les dispositions de la *Lc 1867* sont devenues périmées et caduques, mais elles n'ont pas été abrogées *du texte* de la *Lc 1867*.

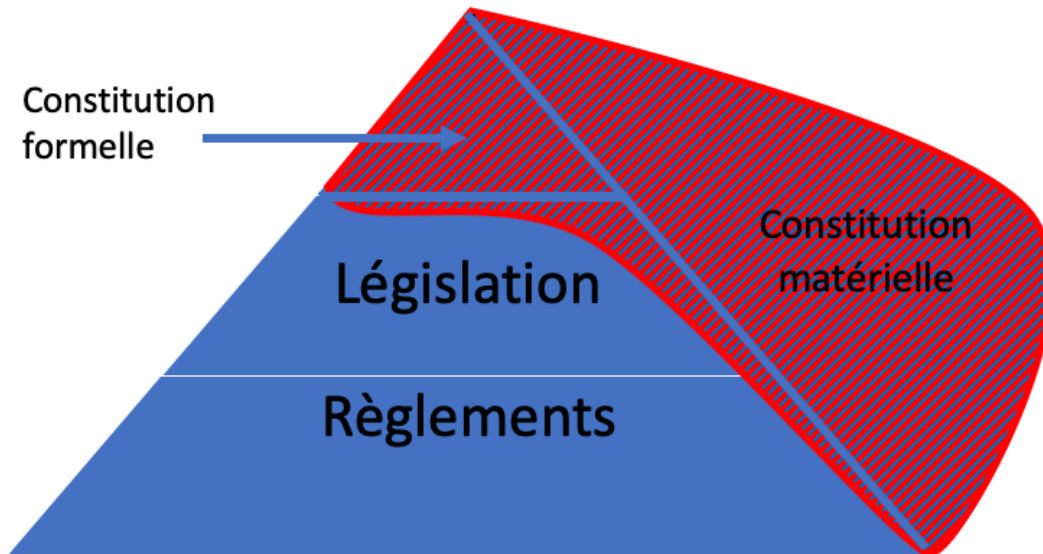
d. La constitution matérielle

Le terme « constitution » désigne aussi, historiquement, ce que l'on nomme **constitution matérielle**. La constitution matérielle est l'ensemble des règles, principes et pratiques dits « constitutionnels » en raison du fait qu'ils *constituent* l'État ou le Gouvernement, qu'ils distribuent, structurent et organisent les pouvoirs publics premiers. Ces règles et principes peuvent se situer à n'importe quel endroit dans la hiérarchie des normes juridiques (c'est-à-dire, au niveau de la constitution formelle, de la législation, de la réglementation, etc.) et peuvent même, comme c'est notamment le cas des conventions et pratiques constitutionnelles, se situer à l'*extérieur* de cette hiérarchie juridique et tout de même conserver leur caractère « constitutionnel ». Ce qui signifie que tant les règles de partage des compétences législatives que l'on retrouve aux articles 91 et 92 de la *Lc 1867*, que les règles que l'on trouve dans la *Loi sur l'Assemblée nationale* du Québec ou dans le *Règlement de l'Assemblée nationale* font partie de la constitution matérielle du Québec.

Il existe donc une « constitution matérielle » pour l'ensemble de la fédération et celle-ci inclut, comme des poupées russes, une « constitution matérielle » de l'État central et dix « constitutions matérielles » pour les États provinciaux. À cela s'ajoutent, au sein de l'État central, les « constitutions matérielles » des trois territoires canadiens.

Chacune de ces constitutions matérielles contient des normes issues de la constitution formelle (Constitution du Canada), des lois, des décrets, des règlements, des conventions, des pratiques, etc.

□



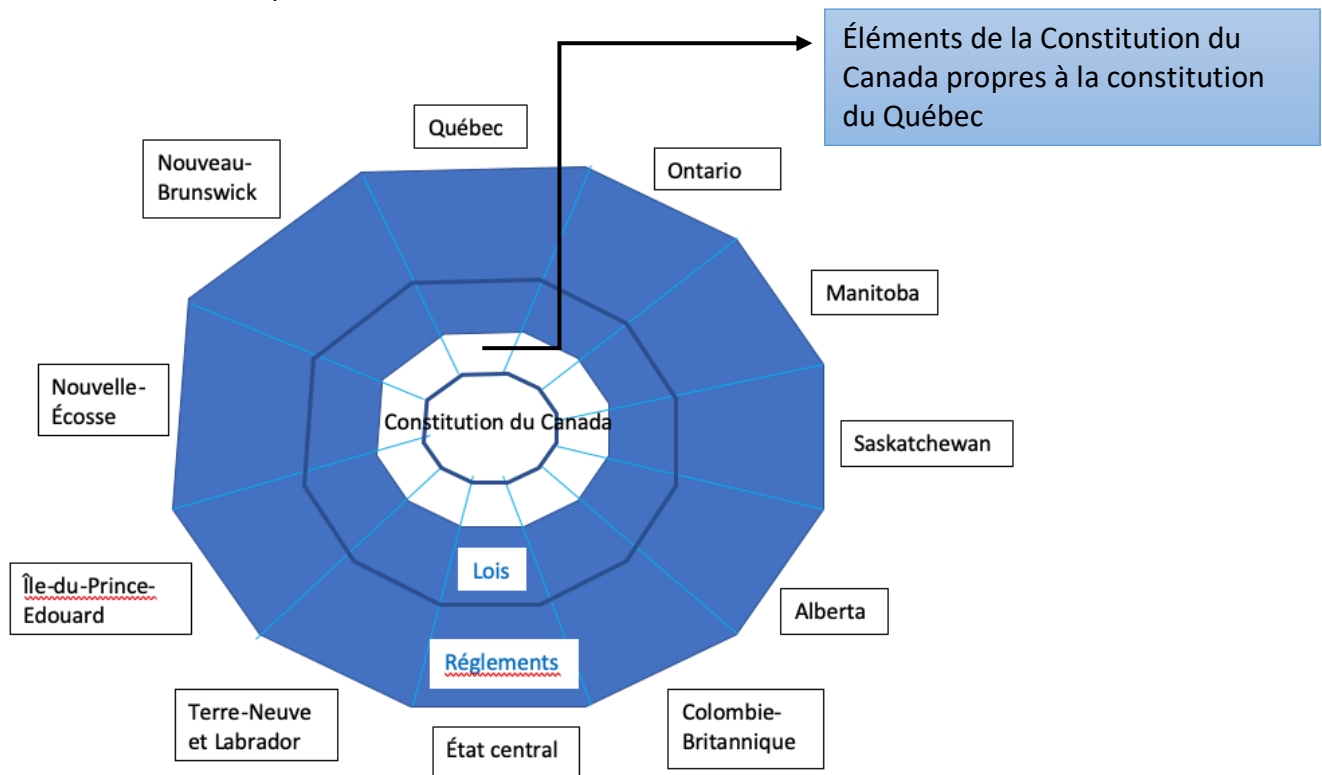
- e. L'expression « constitution de la province » n'inclut pas l'ensemble de la « constitution matérielle » de la province

Chaque province a donc une constitution au sens matériel du terme. Cette constitution contient des normes à tous les niveaux de la hiérarchie normative et des conventions et pratiques qui sont externes à cette hiérarchie.

Il serait donc tentant, au premier abord, de prétendre que l'ensemble de cette constitution matérielle puisse se trouver contenue dans l'expression « constitution de [la] province », avec un « c » minuscule, que l'on retrouvait anciennement à l'art. 92 (1) *Lc 1867* et qui est maintenant reprise à l'art. 45 *Lc 1982*. Ce dernier article prévoit que « [s]ous réserve de l'article 41, une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province. »

Toutefois, les normes de la constitution formelle qui participent de la constitution matérielle de la province ne lui appartiennent pas toutes en propre; certaines normes appartenant à la « Constitution du Canada » sont partagées avec l'ensemble de la fédération alors que d'autres sont propres à chacune des provinces. Donc, la constitution matérielle de la fédération, et les constitutions matérielles des unités qu'elle contient (État central et territoires, et États provinciaux) se partagent une seule et même constitution formelle, même si certaines de ses règles ne sont applicables qu'à une ou plusieurs autres unités de la fédération. La constitution matérielle des provinces inclut donc des normes de la Constitution du Canada qui sont partagées avec l'ensemble des autres membres de la fédération et d'autres qui lui sont propres.

Voici un schéma qui représente la pyramide des normes vue du haut. La « Constitution du Canada » est au sommet des triangles qui représentent chacune des hiérarchies normatives provinciales ou celle de l'État central.



2. La modification constitutionnelle proposée par le PL 96 ne peut se faire que de concert avec l'autorité législative fédérale

La modification constitutionnelle proposée par le PL 96 ne se fait que de concert avec l'autorité législative fédérale pour deux raisons principales. La première est que la modification vise une question pour laquelle la Constitution du Canada prévoit expressément qu'elle requiert la participation à la fois de la province et de l'autorité fédérale **(2.a)**. Deuxièmement, outre le sujet ou le contenu de la modification visée, le texte de la *Lc 1867* ne peut être modifié que par « une proclamation de la gouverneure générale sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes » **(2.b)**.

- a. La modification constitutionnelle prévue à l'art. 159 PL 96 ne peut être valablement effectuée qu'en conformité à l'art. 43 *Lc 1982* qui exige non seulement une proclamation de l'Assemblée nationale, mais aussi une proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes

La « procédure normale de modification » de la Constitution du Canada, selon le titre même que la *Lc 1982* lui donne, est la formule qui prévoit qu'une telle modification s'opère par « proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée à la fois par (...) des résolutions du Sénat et de la Chambre des communes [et] par des résolutions des assemblées législatives d'au moins deux tiers des provinces dont la population confondue représente, selon le recensement général le plus récent à l'époque, au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces » (art. 38 (1) *Lc 1982*). C'est ce qu'on appelle communément la « formule 7/50 » -- 7 provinces représentant au moins 50% de la population du Canada.

Il existe d'autres procédures, comme celle requérant l'approbation des 10 provinces et de l'autorité fédérale pour modifier certaines parties de la Constitution du Canada. C'est le cas de celles relatives à la composition de la Cour suprême (art. 41 (d) *Lc 1982*⁸). L'article 41 (c) *Lc 1982* exige aussi l'unanimité pour modifier la Constitution du Canada « [sous réserve de l'article 43, relativement à] l'usage du français ou de l'anglais ».

- i. La nécessité d'utiliser la procédure de modification de l'art. 43 *Lc 1982* pour modifier la Constitution du Canada relativement à l'usage du français ou de l'anglais dans une province

Avant de conclure trop hâtivement que cet article exige l'unanimité pour modifier la Constitution du Canada relativement à l'usage du français et de l'anglais dans une province, nous devons consulter l'art. 43 (d) qui prévoit plutôt que

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 :

[...]

- b) aux modifications des dispositions relatives à l'usage du français ou de l'anglais dans une province.

⁸ Sur cette disposition, voir notamment le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, [2014] 1 RCS 433.

C'est en vertu de cette même disposition que l'on a pu procéder à la *Modification constitutionnelle de 1993 (Nouveau-Brunswick)* qui a eu pour effet de modifier la *Lc 1982* par l'ajout de l'art. 16.1 :

Communautés linguistiques française et anglaise du Nouveau-Brunswick

16.1 (1) La communauté linguistique française et la communauté linguistique anglaise du Nouveau-Brunswick ont un statut et des droits et privilèges égaux, notamment le droit à des institutions d'enseignement distinctes et aux institutions culturelles distinctes nécessaires à leur protection et à leur promotion.

Rôle de la législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick

(2) Le rôle de la législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick de protéger et de promouvoir le statut, les droits et les privilèges visés au paragraphe (1) est confirmé.

Ainsi, pour modifier la *Constitution du Canada* relativement à « l'usage du français et de l'anglais dans une province » -- ici, le Québec --, il faut nécessairement une résolution en ce sens de l'Assemblée nationale ainsi qu'une résolution de la Chambre des communes qui autorise sa proclamation par la gouverneure générale sous le grand sceau du Canada. Comme on l'a vu plus tôt, l'art. 52 (3) prévoit que la Constitution du Canada ne peut être modifiée que conformément aux pouvoirs conférés par elle.

- ii. L'impact de la modification proposée sur des droits linguistiques garantis constitutionnellement renforce la nécessité d'avoir recours à une procédure de modification multilatérale

Non seulement l'art. 159 PL 96 vise-t-il à modifier la « Constitution du Canada » en y ajoutant une nouvelle norme, il semble de plus avoir pour effet de déroger à des normes existantes et leur substituer une nouvelle. Les cas des articles 133 Lc 1867 et de l'art. 19 (1) Lc 1982 doivent être examinés à cet égard.

1. *La plupart des droits linguistiques prévus à l'art. 133 et applicables au Québec ne peuvent être modifiés que par la formule prévue à l'art. 45 Lc 1982*

L'art. 133 de la *Lc 1867* prévoit :

Usage facultatif et obligatoire des langues française et anglaise

133 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.

La jurisprudence de la Cour suprême du Canada a maintes fois répété que l'art. 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 »⁹. Or, l'art. 159 PL 96 vise à substituer cette égalité de statut par une norme selon laquelle le « français est la seule langue officielle du Québec »¹⁰. (La disposition dérogatoire de l'art. 33 de la Charte canadienne n'est pas applicable aux droits garantis à l'art. 133 de la *Lc 1867*).

Il est vrai que la *Charte de la langue française*, depuis son adoption, prévoit à l'art. 1 que le « français est la langue officielle du Québec ». Or, dans l'affaire *Québec (P.G.) c. Blaikie*¹¹, seuls les articles 7 à 14 de la *Charte de la langue française* étaient contestés devant la Cour suprême. La Cour a alors précisé en rendant sa décision qu'« [e]n l'instance, la Cour n'est saisie que de cette application particulière du principe général et rien dans les présents motifs ne doit être considéré comme un jugement porté sur la validité d'autres dispositions de cette loi »¹². Le principe général selon lequel le français est la langue officielle du Québec n'a donc jamais été directement contesté en Cour suprême.

Toutefois, si les tribunaux pouvaient être tentés de faire une lecture atténuée de cette disposition en limitant sa portée qu'aux situations non visées par les droits linguistiques constitutionnels protégés aux art. 133 *Lc 1867* et 19 (1) *Lc 1982*, il pourrait aussi s'agir d'une situation où les tribunaux concluent qu'il s'agit « d'un cas où le plus

⁹ *Doré c Verdun (Ville)*, [1997] 2 RCS 862 au para 24 [emphasis ajoutée], citant avec approbation *Québec (PG) c Blaikie*, [1979] 2 RCS 1016; *Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 RCS 721 [Renvoi].

¹⁰ Nous soulignons.

¹¹ *Québec (P.G.) c. Blaikie*, *supra* note 10.

¹² *Ibid* à la p 1021.

englobe le moins »¹³. L'énoncé général pourrait alors être vulnérable à une contestation au motif qu'il déclare une norme qui, dans ses diverses instanciations prévues à la loi, viole l'art. 133.

En effet, les autres dispositions du PL 96 pourront être utilisées pour interpréter le sens à donner à l'art. 159 et ces dispositions peuvent donner à penser que la portée réelle de la déclaration prévue à l'art. 159 couvre des éléments en contravention de l'art. 133. L'art. 5 PL 96 prévoit notamment que la version française d'un texte de loi ou d'un règlement doit prévaloir sur la version anglaise de ces mêmes textes lorsque « les règles ordinaires d'interprétation ne permettent pas de résoudre convenablement » une divergence qui existerait entre ces deux versions linguistiques.

La validité à l'égard de l'art. 133 *Lc 1867* d'une disposition législative qui prévoirait que le français est la seule langue officielle du Québec – comme c'est le cas avec le PL 96 -- s'exposerait encore davantage au risque d'incompatibilité avec l'art. 133. Rappelons-nous d'ailleurs que la Cour suprême a notamment affirmé que « l'art. 133 [ne] prévoit pas seulement, mais exige qu'un statut officiel soit reconnu à l'anglais et au français dans l'impression et la publication des lois de la législature du Québec ». ¹⁴

Ainsi, non seulement l'art. 159 PL 96 vise-t-il à modifier la Constitution du Canada en *ajoutant* une norme relative à « l'usage du français et de l'anglais dans la province », cet ajout peut aussi être vu comme une tentative de restriction des droits garantis à l'art. 133 *Lc 1867*.

Pour ces raisons, la modification proposée ne pourrait tomber sous le coup de l'art. 45 *Lc 1982* qui prévoit que « [s]ous réserve de l'article 41, une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province. » Il ne semble pas s'agir ici d'une tentative de modifier un simple élément de la « constitution de [la] province », mais aussi d'une tentative de modifier des éléments de la « Constitution du Canada » relatifs à l'usage du français et de l'anglais dans une province -- droits garantis à l'art. 133 *Lc 1867*.

Mais il y a plus.

2. *Les droits linguistiques prévus à l'art. 19 (1) Lc 1982 – reprenant une partie des droits garantis à l'art. 133 Lc 1867 - ne peuvent être modifiés que par la formule 7/50 prévue à l'art. 41 (c) Lc 1982*

¹³ Comme l'avait fait la Cour suprême pour déclarer que les règlements étaient aussi visés par l'art. 133 *Lc 1867* que les lois. Voir *Ibid* à la p 1027.

¹⁴ *Ibid* à la p 1022.

L'art. 5 PL 96 prévoit aussi modifier la *Charte de la langue française* de sorte qu'une « traduction en français certifiée doit être jointe à tout acte de procédure rédigé en anglais émanant d'une personne morale » et que « [l]a personne morale assume les frais de la traduction ». Or, cette disposition semble porter atteinte au droit prévu à l'art. 133 *Lc 1867* de choisir entre le français ou l'anglais la langue dans laquelle des procédures judiciaires seront produites par une partie.¹⁵ La Cour suprême résumait ainsi les droits couverts par l'art. 133 *Lc 1867* et comment ils avaient été mis à l'abri de modifications unilatérales :

[...] l'art. 133 est une disposition intangible qui non seulement interdit au Parlement et à la législature du Québec de la modifier unilatéralement mais assure également aux membres du Parlement ou de la législature du Québec et aux plaideurs devant les tribunaux du Canada ou du Québec le droit d'utiliser le français ou l'anglais dans les délibérations du Parlement ou de l'Assemblée législative et dans les procédures (y compris les plaidoiries orales) devant les tribunaux du Canada ou du Québec.¹⁶

L'art. 19 (1) de la *Lc 1982* réitère le droit, pour chacun, de choisir entre l'usage du français ou de l'anglais (et non « et ») dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux établis par le Parlement et dans tous les actes de procédure qui en découlent. Ceci signifie que toutes les parties peuvent, à leur choix, utiliser des actes de procédures en français ou en anglais devant, entre autres, la Cour supérieure du Québec et la Cour d'appel du Québec.

Or, ni cet aspect de l'art. 133 *Lc 1867*, ni l'art. 19(1) *Lc 1982* ne sont des dispositions de la Constitution du Canada qui ne touche qu'une seule province. Ce qui signifie que les droits qui y sont prévus ne pourraient pas être modifiés par l'usage de la procédure bilatérale prévue à l'art. 43 *Lc 1982*. Il faudrait plutôt passer par la formule « 7/50% » prévue à l'art. 41 (c) *Lc 1982*.

S'il est peu probable que l'exigence imposée aux personnes morales de produire des traductions de leurs actes de procédure en anglais soit déclarée valide, il est possible que seule cette partie de l'art. 5 PL 96 puisse être invalidée par les tribunaux lorsqu'il y aura contestation si la procédure de modification appropriée n'est pas utilisée. Toutefois, il est aussi possible que cet élément soit utilisé avec d'autres pour tenter de démontrer que le sens véritable de la déclaration prévue à l'art. 159 PL 96 selon laquelle « le français

¹⁵ *Ibid* a invalidé des dispositions de la *Charte de la langue française* au motif que l'« incompatibilité ressort également de ce que les art. 11 et 12 de la Charte for[ç]aient les personnes morales à n'employer que le français et en feraient la seule langue officielle des « pièces de procédure » de nature judiciaire ou quasi-judiciaire, alors que l'art. 133 permet d'utiliser indifféremment le français [sic] ou l'anglais dans toute plaidoirie ou pièce de procédure devant les tribunaux du Québec. »

¹⁶ *Ibid* aux pp 1026-27 [nous soulignons].

est la seule langue officielle du Québec » entre lui-même en contravention avec les art. 133 *Lc 1867* et 19(1) *Lc 1982*. L'art. 5 PL 96 serait alors utilisé pour déterminer le caractère véritable de l'art. 159.

Pour éviter ces risques, nous recommandons donc :

Recommandation 1

L'adoption de l'article 159 PL 96 visant à modifier la *Loi constitutionnelle de 1867* (30-31 Vict., ch. 3 (R.-U.); 1982, ch. 11 (R.-U.)) se **fasse de concert avec une proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat et de la Chambre des communes** de manière à respecter la règle de modification constitutionnelle prévue à l'art. 43 de *Loi constitutionnelle, 1982*.

Recommandation 2

Aussi, la disposition adoptée devrait aussi porter la mention « Sous réserve du droit de chacun d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux établis par le Parlement et dans tous les actes de procédure qui en découlent » pour éviter qu'elle puisse être invalidée au motif qu'elle tente de modifier des éléments de la Constitution du Canada qui ne sont pas applicables à certaines provinces seulement au sens de l'art. 43 *Lc 1982*.

- b. Une modification au texte de la *Loi constitutionnelle, 1867* ne peut être faite que par une proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes

Même si les tribunaux en venaient à considérer que l'art. 159 PL 96 ne visait pas à modifier la « Constitution du Canada » relativement à « l'usage du français et de l'anglais dans [la] province », et qu'il n'imposait pas une restriction aux droits garantis par les articles 133 *LC 1867* et 19(1) *Lc 1982*, cela serait insuffisant pour démontrer que le parlement du Québec peut unilatéralement modifier la *Lc 1867* pour y insérer de nouveaux articles 90Q.1 et 90Q.2. C'est que l'art. 45 accorde à la législature le pouvoir de modifier « la constitution de sa province », mais non le pouvoir de modifier texte de la *Lc 1867* lui-même.

Selon les diverses procédures de modification de la « **Constitution du Canada** » prévues aux art. 38 (1), 41, 42, 43 et 44 *Lc 1982*, une proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat¹⁷, de la Chambre des communes est nécessaire pour modifier la « Constitution du Canada » et donc, « *les textes législatifs [...] figurant à l'annexe* »¹⁸ de la *Lc 1982*, dont le texte de la *Lc 1867*.

Outre l'exemple donné plus tôt relatif aux droits linguistiques au Nouveau-Brunswick, rappelons-nous aussi que c'est d'ailleurs de cette façon que le Québec a procédé pour l'adoption de la disposition 93A *Lc 1867* visant à déconfessionnaliser le système scolaire québécois en 1997.

Les provinces jouissent toutefois d'une certaine autonomie dans l'aménagement de leur propre constitution. L'ancien art. 92 (1) *Lc 1867* reconnaissait aux législatures provinciales la compétence relative à

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;

Cette disposition a aujourd'hui été remplacée par l'art. 41 *Lc 1982* qui reprend la même norme :

Sous réserve de l'article 41, une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province.

Il est à noter qu'il est question ici de la « constitution de [la] province » et non de la « Constitution du Canada ».

¹⁷ Sous réserve de l'art. 47 *Lc 1982* qui permet parfois de passer outre l'exigence d'obtenir l'autorisation du Sénat dans certaines circonstances :

47 (1) Dans les cas visés à l'article 38, 41, 42 ou 43, il peut être passé outre au défaut d'autorisation du Sénat si celui-ci n'a pas adopté de résolution dans un délai de cent quatre-vingts jours suivant l'adoption de celle de la Chambre des communes et si cette dernière, après l'expiration du délai, adopte une nouvelle résolution dans le même sens.

Computation du délai

(2) Dans la computation du délai visé au paragraphe (1), ne sont pas comptées les périodes pendant lesquelles le Parlement est prorogé ou dissous.

¹⁸ Art. 52 (2) b) *Lc 1982*.

- i. L'art. 45 Lc 1982 « déconstitutionnalise » les normes constitutionnelles que la province possède en propre en lui permettant de les modifier par de simples lois

Les provinces ont fait usage de ce pouvoir pour modifier différents aspects de leurs constitutions. Par exemple, c'est en vertu de ce pouvoir que le parlement du Québec a pu adopter sa *Loi sur L'Assemblée nationale* de même que le *Règlement* y afférent.

Ces dispositions vont toutefois plus loin en ce qu'elles « **déconstitutionnalisent** » certains aspects de la Constitution du Canada, c'est-à-dire qu'elles rendent ces dispositions modifiables par une simple loi. La « déconstitutionnalisation » nie ainsi le caractère *supralégislatif* de certaines normes que l'on retrouve au sein de la Constitution du Canada.

Cela étant, tant que la disposition déconstitutionnalisée n'a pas été modifiée par une loi subséquente, il est possible de croire qu'elle puisse jouir du même statut que les autres normes de la constitution formelle, et ainsi qu'elle ne puisse pas être invalidée par l'application d'une d'entre elles. Comme le remarquait à juste titre la majorité de la Cour suprême dans l'affaire *New Brunswick Broadcasting*¹⁹, « c'est une règle fondamentale [...] qu'une partie de la Constitution ne peut être abrogée ou atténuée par une autre partie de la Constitution ».

La norme de la Constitution du Canada dite « déconstitutionnalisée » occupe donc un statut intermédiaire entre la norme supralégislative se trouvant dans la constitution formelle et la simple norme législative. En effet, tant qu'elle n'a pas été modifiée par une simple loi, elle demeure au sein de la constitution formelle. Et puisqu'il n'existe pas de hiérarchie au sein de la constitution formelle, aucune norme de cette constitution ne peut l'invalider. **La norme originelle « déconstitutionnalisée » se trouve donc protégée contre l'application des autres normes de la constitution formelle tout en étant modifiable par de simples lois.**

Un exemple classique de modification constitutionnelle reposant sur une déconstitutionnalisation est celui de l'abolition du Conseil législatif du Québec. À l'origine, la *Lc 1867* prévoyait que la Législature du Québec serait composée du lieutenant-gouverneur, d'une chambre élue et d'un « Conseil législatif ». Or, le Conseil législatif a été aboli par la Législature du Québec en 1968 grâce à l'art. 92 (1) *Lc 1867*²⁰ qui accordait à la

¹⁹ *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, supra note 8 à la p 373. La majorité fait référence ici au *Renvoi relatif au projet de Loi 30*, [1987] 1 RCS 1148 à la p 30 en appui à cette proposition.

²⁰ Voir François Chevette, « Le Conseil législatif de Québec: son fondement constitutionnel et ses caractères » (1963) 13:46 RJT 85-118 aux pp 97-98 pour une explication des pouvoirs en cause. Cette abolition a été implicitement validée par la

Législature de la province une compétence législative sur la constitution de la province. La *Loi concernant le Conseil législatif*, S.Q. 1968, ch. 9, est donc venu déclarer que la Législature du Québec est dorénavant composée du lieutenant-gouverneur et de l'Assemblée nationale et elle a abrogé les dispositions de la *Loi de la Législature*, S.R.Q. 1964, ch. 6, relatives au Conseil législatif du Québec. Les dispositions de la *Lc 1867* à ce sujet sont demeurées intactes tout en étant dorénavant périmées.

Cette **déconstitutionnalisation** ne permet à la législature d'une province que de modifier les dispositions de la Constitution du Canada propres à la constitution de sa province. Elle ne permettrait pas, par exemple, de modifier unilatéralement le partage des compétences législatives entre elle et le Parlement fédéral ou de soustraire à l'application de la *Charte canadienne* ses lois et règlements. Les règles du partage des compétences législatives et la *Charte canadienne* n'appartiennent pas en propre à la constitution de la province, mais appartiennent plutôt à la constitution de l'ensemble de la fédération.

Dans un *obiter dicta*, la majorité de la Cour suprême est venue imposer l'obligation à toute loi provinciale visant à modifier la constitution de la province de le faire expressément, faute de quoi la modification pourrait être invalide.²¹

Lorsqu'une Législature provinciale peut modifier unilatéralement une *norme* de la « Constitution du Canada » qui relève uniquement de la « constitution de la province », la modification ne change toutefois pas le texte original se trouvant dans la loi constitutionnelle visée. Comme nous l'indiquent les précédents, la nouvelle norme constitutionnelle, sans qu'elle ne modifie le texte de la loi constitutionnelle visée, ne fait que rendre caduques ou périmées les dispositions constitutionnelles d'origine. Ainsi, la *Loi concernant le Conseil législatif*, au-delà d'abolir ce dernier, introduisait du même coup la désignation d'« Assemblée nationale » pour la chambre élue. Cette désignation n'a pas remplacé l'expression « Assemblée législative »²² que l'on retrouve au texte de l'art. 71 *Lc 1867*.

Cour suprême dans *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1979] 1 RCS 54 à la p 74 [*Renvoi*].

²¹ *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 RCS 565 au para 35.

²² « Legislative Assembly » dans la seule version linguistique qui fait autorité. La version française de la *Lc 1867* n'a encore jamais été adoptée malgré l'art. 55 de la *Lc 1982* qui prévoit que :

Le ministre de la Justice du Canada est chargé de rédiger, dans les meilleurs délais, la version française des parties de la Constitution du Canada qui figurent à l'annexe; toute partie suffisamment importante est, dès qu'elle est prête, déposée pour adoption par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, conformément à la procédure applicable à l'époque à la modification des dispositions constitutionnelles qu'elle contient.

Outre les formules de modifications portant précisément sur la modification de la « Constitution du Canada » et non la modification de la constitution d'une province, l'art. 55 *Lc 1982* est instructif quant à savoir qui a autorité pour modifier les textes des lois constitutionnelles comme la *Lc 1867*. Ce dernier prévoit que

Le ministre de la Justice du Canada est chargé de rédiger, dans les meilleurs délais, la version française des parties de la Constitution du Canada qui figurent à l'annexe; toute partie suffisamment importante est, dès qu'elle est prête, déposée pour adoption par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, conformément à la procédure applicable à l'époque à la modification des dispositions constitutionnelles qu'elle contient.

Nous notons ici qu'au-delà du fait que cette obligation n'a pas encore été remplie, l'art. 55 *Lc 1982* ne contemple pas l'hypothèse que les législatures puissent préparer leurs propres traductions des dispositions de la Constitution du Canada qui ne se rapportent qu'à la constitution de leur province.

Cet article illustre à nouveau que les législatures des provinces n'ont pas l'autorité nécessaire pour modifier le texte même de la *Lc 1867* puisque ce texte ne leur appartient pas en propre. Il s'agit d'un instrument juridique qui appartient à l'ensemble des unités qui composent la fédération. **Le texte de la *Loi constitutionnelle, 1867* n'est pas un Wiki!** La seule auteure autorisée à modifier le texte de la *Lc 1867* est donc la gouverneure générale et elle doit le faire dans le respect des formules de modification applicables prévues à la partie V de la *Lc 1982*.

- ii. L'art. 45 *Lc 1982* ne permet pas de « constitutionnaliser » par une simple loi une disposition pour l'inscrire dans la constitution formelle du Canada

Me Hubert Cauchon et mon estimé collègue de l'Université Laval, le professeur Patrick Taillon, sont d'avis que l'art. 45 non seulement permet de déconstitutionnaliser certaines dispositions de la Constitution du Canada pour les rendre modifiables par une simple loi, mais ils sont d'avis que l'art. 45 permettrait aussi de **constitutionnaliser** par une simple loi certaines normes et ainsi leur donner un caractère supralégislatif égal aux autres dispositions de la Constitution du Canada.²³ Il s'agit d'une position surprenante et peu orthodoxe.

Nous ne partageons pas leur avis là-dessus.

²³ Hubert Cauchon & Patrick Taillon, « La constitution formelle des états fédéral et fédérés au Canada » dans Dave Guénette, Patrick Taillon & Marc Verdussen, dir, *La révision constitutionnelle dans tous ses états*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020 273.

Le seul exemple que les auteurs sont en mesure de fournir d'une situation où les provinces ont pu adopter des dispositions législatives ayant un effet supralégislatif est celui des privilèges parlementaires d'origine législative. Ils écrivent concernant ces privilèges :

En résumé, les privilèges parlementaires inhérents des assemblées législatives provinciales, dont la source est le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et les privilèges établis par voie législative par les parlements provinciaux, en vertu de leur pouvoir constituant, jouissent donc tous d'un statut supralégislatif. Ils peuvent tous être restreints, étendus ou abrogés en vertu de la procédure de modification unilatérale provinciale prévue à l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.²⁴

Or, à bien regarder les arrêts qu'ils citent à l'appui de leurs prétentions²⁵, on s'aperçoit que ceux-ci n'appuient pas réellement leurs prétentions. Si les auteurs soulignent que la Cour suprême reconnaît que tant les privilèges inhérents que ceux d'origine législative peuvent bénéficier d'un statut supralégislatif dans l'arrêt *Vaid*, ils omettent de mentionner le raisonnement sur lequel repose cette conclusion :

C'est la nature de la fonction exercée (selon le modèle de démocratie parlementaire du Parlement de Westminster) et non l'origine de la règle juridique (selon qu'il s'agit d'un privilège inhérent ou d'un privilège établi par voie législative) qui confère l'immunité contre les examens externes découlant de la doctrine du privilège parlementaire. Le libellé du par. 32(1) de la *Charte* n'a pas pour effet d'écarter la doctrine du privilège parlementaire lié à une constitution reposant, en vertu du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, « sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ». Comme notre Cour l'a fait remarquer dans *New Brunswick Broadcasting*, le privilège parlementaire a le même statut et le même poids constitutionnels que la *Charte* elle-même.²⁶

Ce n'est donc pas en vertu de l'art. 45 *Lc 1867* que les privilèges parlementaires d'origine législative possèdent un statut supralégislatif, mais plutôt en vertu de la nature de la fonction exercée par ces privilèges protégés par le préambule de la *Lc 1867*²⁷. D'ailleurs, comme le soulignent les auteurs, les privilèges parlementaires des provinces

²⁴ *Ibid* aux pp 297-98.

²⁵ *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, *supra* note 8; *Canada (Chambre des communes) c Vaid*, [2005] 1 RCS 667 [*Vaid*]; *Chagnon c Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, [2018] 2 RCS 687.

²⁶ *Vaid*, *supra* note 25 au para 34 [nous soulignons.]

²⁷ Voir notamment *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, *supra* note 25 au para 23.

ne peuvent être étendus que « [s]ous réserve du critère de nécessité établi par la jurisprudence ». ²⁸ Ce critère est celui fixé par la source de la constitutionnalisation de ces privilèges, soit le préambule de la *Lc 1867* et non l'art. 45 *Lc 1982*.

Les privilèges parlementaires d'origine législative ne sont donc qu'un autre exemple de « déconstitutionnalisation » par laquelle les parlements provinciaux peuvent modifier ou réduire la portée d'une norme se trouvant originellement dans la Constitution du Canada. L'extension législative des privilèges parlementaire, quant à elle, n'est possible que dans la mesure où elle est en quelque sorte déjà incluse dans la Constitution du Canada en raison du critère de nécessité : elle doit être nécessaire à « la dignité et [à] l'efficacité de l'Assemblée ». ²⁹ Un domaine ayant été historiquement considéré comme assujéti au privilège parlementaire ne continuera à l'être que s'il demeure nécessaire au fonctionnement de l'assemblée ³⁰ – sans égard au fait qu'il puisse avoir une origine législative sous l'art. 45 *Lc. 1982*.

Si l'art. 45 *Lc 1982* permet de modifier des normes de la Constitution du Canada « déconstitutionnalisées », il faudra qu'une autre source intervienne pour attribuer à ces modifications un statut au sein de la constitution formelle et ainsi les protéger à l'encontre de l'application des autres dispositions de la Constitution du Canada.

Au contraire, si l'art. 45 *Lc 1867* permettait une « constitutionnalisation » unilatérale -- ou dit autrement, l'enchâssement de dispositions au sein de la constitution formelle du Canada --, on pourrait croire qu'il autorise du même coup les législatures provinciales à contourner les formules de modifications constitutionnelles généralement applicables. En effet, comme il n'existe pas de hiérarchie entre les normes de la constitution formelle ³¹, ces nouvelles normes ne pourraient pas être invalidées au motif qu'elles ne seraient pas conformes aux autres obligations constitutionnelles, comme celles en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*, par exemple. Selon cette hypothèse, la nouvelle norme ayant le même statut que la *Charte canadienne*, cette dernière ne pourrait pas s'appliquer à la première. Ce mode de contournement de la *Charte canadienne* – et des autres obligations constitutionnelles – serait bien plus radical que celui, plus limité, associé à la procédure expresse de dérogation à certains droits garantis prévue à l'art. 33 de la *Charte*.

Il est douteux que les tribunaux acceptent de cautionner une telle théorie.

Ceci est d'autant plus vrai que le texte même de l'art. 45 *Lc 1982* n'autorise pas une modification de la « Constitution du Canada », mais uniquement celle « de [la]

²⁸ Cauchon & Taillon, *supra* note 23 à la p 298.

²⁹ *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, *supra* note 8 à la p 383; *Vaid*, *supra* note 25 au para 29.

³⁰ *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, *supra* note 25 au para 31.

³¹ Voir *supra* note 19.

province » de la législature en question, contrairement à toutes les autres procédures de modification prévues à la Partie V de la *Lc 1982* portant sur les modalités de modifications constitutionnelles. La logique même de la Partie V de la *Lc 1982* sur les diverses modalités de modification constitutionnelle s'oppose à cette interprétation des pouvoirs conférés par l'art. 45 *Lc 1982* aux législatures provinciales.

L'hypothèse Cauchon-Taillon est peut-être plus modeste que celle que nous venons d'exposer et elle se limite peut-être à prétendre que l'art. 45 *Lc 1982* ne permettrait aux législatures provinciales que de constitutionnaliser – lire accorder un statut supralégislatif – qu'à certaines dispositions qui ne modifient, ne diminuent ou ne restreignent des normes de la Constitution du Canada qu'elles ne possèdent pas en propre. Ainsi, ces modifications en vertu de l'art. 45 ne pourraient pas violer la *Charte canadienne*, par exemple, sans se heurter au non-respect de la procédure de modification adéquate (la formule 7/50%).

Si l'hypothèse consiste alors en ce que l'art. 45 *Lc 1982* autorise une législature provinciale à « constitutionnaliser » par une simple loi certaines dispositions de la « constitution de la province » dans la « Constitution du Canada », il s'agirait alors d'une question largement théorique n'ayant aucune conséquence pratique. En effet, ces dispositions nouvellement « constitutionnalisées » devraient tout de même être conformes au reste de la « Constitution du Canada » pour être valides et, malgré que l'on veuille les enchâsser dans la constitution formelle, elles demeureraient irrémédiablement modifiables par une simple loi. Elles ne seraient donc ni à l'abri des autres dispositions de la Constitution du Canada et seraient, en tout état de cause, condamnées à demeurer « déconstitutionnalisées ». ³² Prétendre que ces dispositions adoptées sous l'autorité de l'art. 45 feraient partie de la « constitution formelle » se résumerait à un simple jeu sémantique sans conséquence juridique concrète.

³² D'aucuns pourraient prétendre que si ce statut au sein de la constitution formelle était reconnu aux nouvelles normes adoptées en vertu de l'art. 45 *Lc 1982*, cela pourrait les protéger contre de futures modifications à la Constitution du Canada qui pourraient autrement affecter les pouvoirs et privilèges de la législature québécoise. Je note toutefois que l'art. 38 (3) *Lc 1982* prévoit le mécanisme applicable pour atteindre cette fin défensive. L'article prévoit en effet qu'une modification faite en vertu de la formule 7/50% est « sans effet dans une province dont l'assemblée législative a, avant la prise de la proclamation, exprimé son désaccord par une résolution adoptée à la majorité des députés, sauf si cette assemblée, par résolution également adoptée à la majorité, revient sur son désaccord et autorise la modification ». Ainsi, faute de s'opposer à la modification en suivant la procédure de l'art. 38 (3), cette modification pourra aussi modifier la norme qui aurait pu avoir été adoptée en vertu de l'art. 45 *Lc 1982*. Les autres modalités de modification de la Constitution du Canada qui pourraient affecter la province exigent la participation de celle-ci à la décision.

La **déconstitutionnalisation** des dispositions de la Constitution du Canada est donc la mesure adoptée pour assurer l'autonomie de la province, mais il n'a pas été jugé par le constituant nécessaire ou adéquat d'accorder à ces mêmes provinces le pouvoir d'accorder unilatéralement un statut supralégislatif à certains éléments de leur constitution de manière à ce qu'ils ne puissent ensuite être modifiés par simples lois. Cela s'inscrit dans une logique constitutionnelle où il n'existe pas de hiérarchie entre les normes de la constitution formelle, où plusieurs acteurs sont appelés à modifier divers éléments de leur constitution matérielle et où le principe de souveraineté parlementaire empêche généralement les parlements de se lier pour l'avenir sur le fond.

- iii. L'intérêt stratégique à ne pas préciser que la modification constitutionnelle vise à s'inscrire au sein de la *Lc 1867*

Dans le but d'éviter d'inciter des contestations judiciaires relatives au statut formel de la modification que l'Assemblée nationale compte apporter à la constitution du Québec, il serait donc sage de ne formuler cette modification de manière à énoncer clairement qu'elle vise à modifier la *Lc 1867* par l'ajout de nouvelles dispositions ayant le même statut que celles participant déjà à la constitution formelle. En effet, de telles contestations, dont le succès semble probable, pourraient avoir pour effet d'invalider ces dispositions.

Dans la mesure où l'objectif est d'inscrire au cœur de la constitution du Québec ce que l'Assemblée nationale considère être des caractéristiques fondamentales de sa constitution, mieux vaut utiliser les moyens les plus sûrs pour y arriver.

Ainsi, il vaut mieux ne pas laisser de prises à la contestation en ne précisant pas le statut, au sein de la hiérarchie des normes, auquel les dispositions prévues à l'art. 159 PL 96 sont vouées. Il serait ainsi approprié de simplement affirmer que ces nouvelles dispositions s'inscrivent « dans la constitution du Québec ».

Nos recommandations subsidiaires sont donc :

Recommandation 3 (subsidaire)

Si une proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat et de la Chambre des communes n'est pas obtenue pour quelque raison que ce soit, l'art. 159 PL 96 pourrait être adopté de manière unilatérale par le parlement du Québec en vertu de l'art. 45 de la *Loi constitutionnelle, 1982* à condition d'être modifié

- a. par le retrait de la tentative de modifier le texte de l'art. 90 *Loi constitutionnelle, 1867* et son remplacement par une déclaration selon laquelle les éléments qu'il contient participent de « la constitution du Québec », ou alternativement, de la « constitution de la province »;
- b. par l'ajout de la partie soulignée : « Sous réserve de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle, 1867* et de l'article 19 (1) de la *Loi constitutionnelle, 1982*, le français est la seule langue officielle du Québec. ».

Le nouvel article 159 se lirait alors ainsi :

159. La constitution du Québec reconnaît les caractéristiques fondamentales du Québec suivantes :

- 1. Les Québécoises et les Québécois forment une nation;**
- 2. Sous réserve des articles 133 de la *Loi constitutionnelle, 1867* et 19 (1) de la *Loi constitutionnelle, 1982*, le français est la seule langue officielle du Québec. Il est aussi la langue commune de la nation québécoise.**
