DOCTRINE

La modification des dispositions constitutionnelles relatives à l'usage de l'anglais ou du français*

BENOÎT PELLETIER
Professeur à la Faculté de droit
de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

La Loi constitutionnelle de 1982 *a notamment doté le Canada de ses propres procédures de modification constitutionnelle. Parmi celles-ci, deux procédures concernent la modification des dispositions de la Constitution du Canada qui sont relatives à l'usage de l'anglais ou du français : ce sont celles prévues aux articles 41c) et 43b).*

L'objet de cette étude est de déterminer laquelle de ces procédures s'applique à la modification de certaines des dispositions constitutionnelles qui régissent actuellement l'usage de l'anglais ou du français, soit les articles 133 de la Loi constitutionnelle de 1867, *23 de la* Loi de 1870 sur le Manitoba *et 16 à 20 de la* Loi constitutionnelle de 1982.

ABSTRACT

The Constitution Act, 1982, *has notably provided Canada with its own constitutional amendment procedures. Among these, two procedures deal with the modification of the provisions of the Constitution of Canada which refer to the use of the English or the French language, more specifically sections 41c) and 43b).*

The purpose of this study is to determine which of these procedures applies to the amendment of some of the constitutional provisions relating to the use of the English or the French language; those provisions being section 133 of the Constitution Act, 1867, *section 23 of the* Manitoba Act, 1870, *and sections 16 to 20 of the* Constitution Act, 1982.

* Il s'agit d'une version considérablement abrégée et quelque peu actualisée d'une thèse de maîtrise qui fut soumise à l'Université d'Ottawa en 1989. Elle s'est méritée la médaille du Barreau de Paris, à titre de meilleure thèse de maîtrise. L'auteur tient à remercier le professeur Alain-François Bisson pour en avoir si adéquatement assumé la direction.

Avec comme toile de fond l'histoire législative et jurisprudentielle de ces dernières dispositions, l'auteur développe l'idée que le choix de l'une des procédures plutôt que de l'autre dépend, dans une large mesure, de la nature des garanties constitutionnelles dont on envisage la modification. Ainsi en vient-il à la conclusion que tant la « partie québécoise » de l'article 133 de la Loi de 1867 *que l'article 23 de la* Loi de 1870 *devraient être modifiés selon la procédure de l'unanimité de l'article 41c). Quant aux dispositions qui, dans la* Loi de 1982, *concernent le bilinguisme au Nouveau-Brunswick, elles seraient modifiables selon la procédure de l'article 43b). Enfin tant la « partie fédérale » de l'article 133 que les dispositions qui, dans la* Loi de 1982, *concernent le bilinguisme au niveau fédéral, seraient assujetties à la procédure de l'article 41c).*

Using as background the legislative and judicial history of those language provisions, the author develops the idea that the choice of one of the procedures over the other depends, in large part, on the nature of the constitutional guarantees to be modified. Therefore, he comes to the conclusion that both section 133 of the Constitution Act, 1867, *as it applies to Québec, and section 23 of the* Manitoba Act, 1870, *should be amended pursuant to the unanimity procedure set out in section 41c). As for the provisions in the* Constitution Act, 1982, *which concern bilingualism in New-Brunswick, they could be amended under the procedure set out in section 43b). Finally, both section 133 of the* Constitution Act, 1867, *as it applies to Federal jurisdiction, and the provisions in the* Constitution Act, 1982, *regarding bilingualism at the Federal level, could be subject to the procedure set out in section 41c).*

SOMMAIRE

Introduction 225

I. Les modalités de la modification de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* 227

A. La modification de l'article 133 avant la *Loi constitutionnelle de 1982* ... 228

1. L'article 133 et les pouvoirs canadiens de modification constitutionnelle 228

a) L'aspect provincial de l'article 133 et le pouvoir unilatéral de modification conféré au Québec par l'article 92(1) de la Loi constitutionnelle de 1867 228

b) L'aspect fédéral de l'article 133 et le pouvoir unilatéral de modification conféré au Parlement du Canada par l'article 91(1) de la Loi constitutionnelle de 1867 231

2. *Le recours à Londres pour la modification de l'article 133* 236

B. La modification de l'article 133 après la *Loi constitutionnelle de 1982*... 239

II. Les modalités de la modification de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* 261

A. La modification de l'article 23 avant la *Loi constitutionnelle de 1982*.... 261

1. L'article 23 et le pouvoir unilatéral de modification conféré au Manitoba par l'article 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*..... 262

2. Le recours à Londres pour la modification de l'article 23..... 270

B. La modification de l'article 23 après la *Loi constitutionnelle de 1982*.... 271

III. Les modalités de la modification des articles 16 à 20 de la *Loi constitutionnelle de 1982*..... 273

A. La procédure applicable aux articles 16(1), 17(1), 18(1), 19(1) et 20(1).. 274

B. La procédure applicable aux articles 16(2), 17(2), 18(2), 19(2) et 20(2).. 274

Conclusion..... 281

INTRODUCTION

La présente étude cherche à déterminer quelle procédure de modification est applicable à certaines des dispositions constitutionnelles qui régissent actuellement l'usage de l'anglais ou du français, soit les articles 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, ainsi que 16(1), 16(2) et 17 à 20 de la *Loi constitutionnelle de 1982*[1]. Plus concrètement, il s'agira de déterminer laquelle des procédures établies par les articles 41c) et 43b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* s'applique à la modification de ces dispositions linguistiques[2]. Il y a lieu de noter en effet que,

1. Nous n'entendons pas discuter, dans la présente étude, de la modification de l'article 16(3) et de l'article 21 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

2. Il est à noter que l'entente constitutionnelle de 1990, conclue en date du 9 juin 1990 dans le cadre de la conférence fédérale-provinciale portant sur l'Accord constitutionnel de 1987, contenait notamment un engagement de la part du premier ministre du Canada et du premier ministre du Nouveau-Brunswick à déposer respectivement devant le Sénat et la Chambre des communes et devant l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick une résolution visant à modifier la *Loi constitutionnelle de 1867* de façon à ce qu'y soit ajoutée une disposition, l'article 133.1, reconnaissant un statut et des droits et privilèges égaux aux communautés francophone et anglophone du Nouveau-Brunswick et affirmant le rôle de la législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick de protéger et de promouvoir l'égalité des deux communautés linguistiques de la province en ce qui touche à leur statut et à leurs droits et privilèges. Cette entente contenait également un engagement de la part des premiers ministres

en ce qui concerne la modification des dispositions de la Constitution du Canada relatives à l'usage de l'anglais ou du français, les articles 41c) et 43b) en question sont exhaustifs[3].

Dans le cadre de notre étude, nous développerons le point de vue que le choix de l'une de ces procédures plutôt que de l'autre dépend, dans une large mesure, de la nature des droits linguistiques concernés. Or, comme l'a affirmé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Société des Acadiens*: « [...] les droits linguistiques, de par leur nature même, revêtent un caractère fondamentalement et profondément social »[4]. Dans le même ordre d'idées, le juge Wilson a affirmé, dans la même affaire: « [...] les droits linguistiques constituent une réaction aux particularités historiques du Canada. Ces droits ont un contenu socio-culturel [...] »[5]. Nous serons donc appelé à étudier le contexte historique de l'adoption des droits linguistiques qui feront l'objet de nos considérations, afin justement d'en définir la nature. Mais nous serons également appelé à déterminer en quoi le contenu socio-culturel de ces droits linguistiques a influencé et influencera les modalités et les limites de leur modification.

Rappelons d'ailleurs à cet égard que déjà dans l'affaire *Mercure*, une majorité de juges de la Cour suprême du Canada en était arrivée à la conclusion que l'article 110 de *l'Acte des Territoires du Nord-Ouest* n'était pas enchâssé, malgré la similitude qui existait entre le texte de cette disposition et le texte des articles 133 et 23, similitude d'ailleurs maintes fois constatée par la Cour elle-même[6]. Il semble en effet que ce sont plutôt les particularités du contexte historique de l'adoption de l'article 110 qui ont amené la Cour à le soumettre à un mode de modification différent de celui applicable aux articles 133 et 23[7]. Ces particularités historiques tenaient,

---

du Canada et des provinces à déposer respectivement devant le Sénat et la Chambre des communes et devant les assemblées législatives une résolution visant à modifier l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982* de façon à y ajouter un alinéa ayant pour effet d'enchâsser les dispositions de la loi du Nouveau-Brunswick intitulée *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick* — chapitre 0-1.1 des Lois du Nouveau-Brunswick, 1981 — et d'en rendre la modification sujette au consentement du fédéral et du Nouveau-Brunswick. Nous n'entendons pas élaborer davantage sur ces propositions auxquelles il n'a pas été donné suite et dont l'adoption était sujette à l'entrée en vigueur préalable de l'Accord constitutionnel de 1987, laquelle entrée en vigueur ne s'est pas concrétisée.

3. En effet, l'article 43b) s'applique à la modification des dispositions qui sont « relatives à l'usage du français ou de l'anglais dans une province » alors que l'article 41c) s'applique, quant à lui, à la modification de toute autre disposition de la Constitution du Canada qui porte sur l'usage du français ou de l'anglais et qui n'est pas visée par l'article 43.

En ce qui concerne la modification des dispositions de la Constitution du Canada qui portent, par exemple, sur l'usage des autres langues, alors ce sera la formule générale de modification établie par l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui pourra trouver application.

4. *Société des Acadiens* c. *Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549, p. 566.
5. *Id.*, p. 639.
6. Voir *R.* c. *Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, p. 266 et pp. 272-273.
7. Voir *id.*, p. 272.

semble-t-il, au fait que, bien que le législateur « savait très bien comment enchâsser une disposition s'il voulait le faire »[8], il a décidé de ne pas enchâsser l'article 110 parce que l'opinion qui prévalait à l'époque de son adoption était que les dispositions linguistiques ne soient pas enchâssées, mais tombent plutôt sous l'entier contrôle des législatures[9]. En d'autres termes, il était clair pour la Cour suprême « [...] que les forces historiques qui ont engendré l'art. 110 étaient tout à fait différentes de celles qui ont entraîné le compromis linguistique de 1867 [...] »[10], et que ce fait était suffisant en lui-même pour justifier l'application d'un mode de modification différent.

C'est justement dans cette perspective, c'est-à-dire en cherchant à connaître en quoi leur historique législatif peut être en mesure d'influencer leur modification, que nous allons maintenant étudier les modalités de la modification des dispositions constitutionnelles que nous avons précédemment identifiées.

Inutile de mentionner que cette étude historique tournera autour de l'année 1982, année charnière en matière de modification constitutionnelle.

I. LES MODALITÉS DE LA MODIFICATION DE L'ARTICLE 133 DE LA *LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1867*

Longtemps pressenti comme devant être la pierre angulaire des droits linguistiques au Canada, l'article 133 n'a pourtant été qu'une assise bien fragile, étant donné la portée limitée que les tribunaux lui ont donnée. En effet, comme l'affirmait la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Jones*: « Les mots mêmes de l'art. 133 indiquent qu'il n'est l'expression que d'une préoccupation limitée en matière de droits linguistiques [...] »[11].

Il n'en demeure toutefois pas moins que, dans sa nature même, l'article 133 est un droit de première importance. Pour le Québec bien sûr, où il « [...] reconnaît [...] la dualité linguistique [...] et garantit aux citoyens francophones et anglophones la protection efficace de leurs droits linguistiques par l'État »[12], mais aussi pour l'ensemble du Canada, où certains nourrissent encore l'espoir de le voir servir de modèle à une expansion du bilinguisme.

Mais, au fait, en quoi la nature de l'article 133 a-t-elle influencé les modalités de sa modification avant l'instauration du nouveau régime de modification constitutionnelle, en 1982, et en quoi est-elle maintenant en mesure d'influencer, à son égard, le choix de la procédure de modification de l'article 41c) ou de celle de l'article 43b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

---

8. Voir *id.*, p. 271.
9. Voir *id.*, p. 256.
10. Voir *id.*, p. 253.
11. *Jones* c. *Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182, p. 193. Voir aussi en ce sens *MacDonald* c. *Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, p. 496.
12. *MacDonald* c. *Ville de Montréal*, *id.*, p. 538 (juge WILSON).

A. LA MODIFICATION DE L'ARTICLE 133 AVANT LA *LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1982*

Par la *Loi constitutionnelle de 1982*, le Canada a totalement rapatrié de Londres sa souveraineté constitutionnelle, c'est-à-dire le pouvoir de modifier sa constitution. Toutefois, même avant 1982, les autorités législatives canadiennes jouissaient de certains pouvoirs de modification. Ainsi en était-il, par exemple, de l'article 92(1), qui reconnaissait aux provinces un pouvoir unilatéral de modification à l'égard de la « constitution de la province », et de l'article 91(1), qui reconnaissait au fédéral un pouvoir unilatéral de modification à l'égard de la « constitution du Canada ».

Nous ne pouvons donc nous engager dans une étude des modalités de la modification de l'article 133 avant la *Loi de 1982* sans poser cette question fondamentale: Sa modification relevait-elle des pouvoirs canadiens de modification par voie législative ordinaire, ou fallait-il au contraire recourir à Londres pour y procéder?

1. L'article 133 et les pouvoirs canadiens de modification constitutionnelle

« Il est indiscutable que l'article 133 s'applique tantôt au Canada, tantôt au Québec », devait affirmer le juge Deschênes dans l'affaire *Blaikie*[13]. Cet article possède donc deux parties ou, comme il a été souvent dit, deux aspects[14].

La question s'est donc posée, à savoir: Le Québec pouvait-il en modifier unilatéralement la « partie provinciale » en vertu du pouvoir qui lui était accordé par l'article 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et le Parlement du Canada pouvait-il en modifier unilatéralement la « partie fédérale » en vertu du pouvoir qui lui était conféré par l'article 91(1) de cette même loi?

a) L'aspect provincial de l'article 133 et le pouvoir unilatéral de modification conféré au Québec par l'article 92(1) de la Loi constitutionnelle de 1867

Dès la création du Canada, les législatures provinciales se sont vu reconnaître expressément, par l'article 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le pouvoir de modifier leur constitution, sous réserve toutefois des dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur[15]. Mais quelle était, en fait, la portée de ce pouvoir de modification et, surtout, en quoi aurait-il

13. *Blaikie et autres* c. *Procureur général du Québec et Procureur général du Canada*, [1978] C.S. 37, p. 57.

14. Voir, par exemple, *id.*, p. 58.

15. On peut retrouver le texte de l'article 92(1) dans les Lois révisées du Canada (1985), Appendices, app. n° 5, p. 26.

pu servir à la modification de l'aspect québécois de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

C'est à l'occasion de l'affaire *Blaikie* que les tribunaux ont pu se prononcer sur ces questions. Cette affaire portait sur une contestation du chapitre III du titre premier de la *Charte de la langue française*, une loi de 1977 de la législature québécoise. La contestation était fondée sur le motif que, prétendait-on, les dispositions en question étaient contraires à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En fait, ces dispositions faisaient du français la langue officielle de la législation et de la justice au Québec. Elles prévoyaient notamment que seul le texte français des lois et des règlements devait être reconnu comme étant officiel dans la province.

Inutile donc de mentionner que les tribunaux qui ont eu à se prononcer sur la question devaient d'abord déterminer si les dispositions en litige étaient véritablement en conflit avec celles de l'article 133 puis, le cas échéant, devaient déterminer si la législature québécoise avait le pouvoir, en vertu de l'article 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de modifier ainsi l'article 133.

C'est le juge Deschênes, alors juge en chef de la Cour supérieure du Québec, qui a dû le premier se prononcer sur cette affaire. Après avoir reconnu l'existence d'un conflit entre les articles 7 à 13 de la Charte et l'article 133, le juge Deschênes a étudié la question de savoir si l'article 92(1) de la *Loi de 1867* ne pouvait pas venir au secours des articles de la Charte en question. À cette fin, il a posé le problème de la façon suivante: « [...] pour que Québec puisse amender l'article 133, encore faut-il que celui-ci fasse partie de la Constitution de la province et ne possède pas un caractère d'intangibilité »[16].

Or, d'expliquer le juge Deschênes, non seulement l'intention des « Pères de la fédération canadienne » était-elle « [...] que cette disposition demeurât intangible et à l'abri de toute intervention législative par l'une ou l'autre des assemblées élues »[17], mais, en plus, même le texte de l'article 133 reflétait clairement cette intention[18].

---

16. *Blaikie et autres* c. *Procureur général du Québec et Procureur général du Canada*, *supra*, note 13, p. 51.

17. *Id.*, p. 53. Voir également, p. 54: « La cour conclut que, dans l'intention de ses rédacteurs, l'article 133 constituait une disposition intangible [...] ». Voir enfin, aux pages 52 et 53 du jugement, les propos tenus par Georges-Étienne Cartier lors des débats parlementaires de 1865.

18. Voir *id.*, p. 58. Nous sommes d'avis que, comme l'usage de l'expression « toute » en témoigne, l'intangibilité des dispositions de l'article 133 valait tant à l'égard des modifications qui pouvaient être apportées indirectement à cet article par législation ordinaire, que de celles qui pouvaient lui être apportées directement. Ainsi à l'abri de toute modification par loi ordinaire, il a été dit des dispositions de l'article 133 qu'elles étaient minimales, c'est-à-dire qu'elles s'imposaient à tout texte législatif qui cherchait à les contredire, avec toute l'autorité qu'un texte constitutionnel a habituellement à l'égard des lois ordinaires, en vertu de la hiérarchie des normes juridiques.

Donc, de conclure le juge Deschênes, l'article 133 étant intangible et à l'abri de toute modification par loi ordinaire[19], le Québec n'avait pas la compétence voulue pour le modifier unilatéralement[20]. Le chapitre III de la *Charte de la langue française*, parce qu'il constituait justement une modification indirecte de l'article 133 par voie législative ordinaire, a donc été déclaré inconstitutionnel.

L'affaire a été portée devant la Cour d'appel du Québec. Cette Cour a unanimement confirmé le jugement de la Cour supérieure[21]. Finalement, pourvoi a été interjeté en Cour suprême du Canada. Le plus haut tribunal du pays a reconfirmé les deux autres décisions rendues, en ces termes :

> Il ne semble pas nécessaire de trancher la question de savoir si l'art. 128 fait partie de la constitution de la province et peut, à ce titre, être modifié en vertu du par. 92(1), afin d'étayer la prétention de l'appelant voulant que l'art. 133 puisse être modifié unilatéralement. Ceci tient à des motifs qui transcendent l'interprétation la plus large du par. 92(1), motifs qui ont été exposés de façon convaincante dans le jugement du juge en chef Deschênes et adoptés par la Cour d'appel du Québec.[22]

Or, ces « motifs transcendants » auxquels fait allusion la Cour suprême du Canada, sont fondés, ne l'oublions pas, sur ...

> [...] l'intention des Pères de la Confédération de soustraire la question de l'usage de ces deux langues anglaise et française à la possibilité de l'arbitraire ou du caprice ou même, tout simplement, de la volonté perçue comme légitime d'une majorité, qu'elle fût anglophone dans le Parlement central ou francophone dans la législature de Québec.[23]

La Cour suprême s'est donc elle aussi fondée sur l'esprit de l'article 133 pour en déclarer l'intangibilité et l'exclure du pouvoir de modification conféré au Québec par l'article 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*[24].

On comprend mieux d'ailleurs le lien qui peut exister entre l'esprit de l'article 133 et son exclusion de la portée de l'article 92(1) lorsque l'on se rappelle que, lors de la création du Canada, les francophones du Québec se trouvaient plus que jamais minoritaires dans une fédération où les trois

---

20. Voir *Blaikie et autres* c. *Procureur général du Québec et Procureur général du Canada*, *supra*, note 13, p. 58.

21. *Procureur général du Québec* c. *Blaikie et autres*, [1978] C.A. 351. La Cour d'appel du Québec a fondé sa décision sur le motif technique voulant que l'expression « constitution de la province » réfère exclusivement à la partie V de la *Loi de 1867* intitulée « constitutions provinciales » : voir par exemple l'opinion du juge Lamer à la page 358 et celle du juge Bélanger à la page 360.

22. *Procureur général du Québec* c. *Blaikie et autres* (*Blaikie n° 1*), [1979] 2 R.C.S. 1016, p. 1025.

23. *Blaikie et autres* c. *Procureur général du Québec et Procureur général du Canada*, *supra*, note 13, p. 53.

24. Voir *Procureur général du Québec* c. *Blaikie et autres*, *supra*, note 22, p. 1027 : « Sur les questions de détails et d'histoire, il nous suffit de faire nôtres les motifs du juge en chef Deschênes renforcés par ceux de la Cour d'appel du Québec ».

autres partenaires étaient composés majoritairement d'anglophones. De plus, le Parlement fédéral, par ailleurs contrôlé par une députation majoritairement anglophone, avait obtenu des pouvoirs considérables par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette loi avait, en effet, créé un parlement central puissant dont les compétences s'étendaient à l'ensemble du développement économique, tel qu'on le concevait à l'époque, tandis que les provinces ne se voyaient attribuer, quant à elles, que les matières qui étaient d'une nature purement locale ou privée.

Cette situation, on s'en doute bien, n'a pas été sans soulever des craintes quant à l'avenir des Canadiens français sous le nouveau régime fédéral et sans rendre impérieux que des droits soient reconnus à la langue française au niveau fédéral de gouvernement. Mais, d'autre part, la situation de la minorité anglophone au Québec avait, elle aussi, soulevé des craintes semblables. N'oublions pas, en effet, que la législature québécoise, pleinement souveraine dans sa sphère législative, était appelée à être largement contrôlée par des députés francophones[25].

Ces craintes, éprouvées par les minorités au niveau fédéral et au niveau québécois, ont donc demandé une solution où des protections efficaces seraient accordées à l'usage de l'anglais et du français. C'est par l'adoption de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, un article ayant pour objet la constitutionnalisation de l'égalité des langues française et anglaise au Québec et au fédéral, que le constituant a cherché à apporter ces protections et, conséquemment, a cherché à apaiser ces craintes. Or, permettre à l'une des deux assemblées législatives concernées par l'article 133 de le modifier unilatéralement aurait pour effet de rendre ces protections bien précaires et ferait échec à l'intention des « Pères de la fédération canadienne » qui semble avoir été « [...] de protéger chacun des deux groupes linguistiques fondateurs de l'empiétement et finalement de la domination de l'autre »[26].

b) L'aspect fédéral de l'article 133 et le pouvoir unilatéral de modification conféré au Parlement du Canada par l'article 91(1) de la Loi constitutionnelle de 1867

Le constituant n'a prévu, lors de la création du Canada en 1867, aucune disposition qui aurait pu conférer au Parlement canadien, à l'égard

25. Voir par exemple les propos du premier ministre Taché, reproduits dans *Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces, 3rd Session, 8th Provincial Parliament of Canada*, Parliamentary Printers, Quebec, 1865, p. 10:

> [...] it should not be forgotten that if the former [the French Canadians] were in a majority in Lower Canada, the English would be in a majority in the General Government, and that no act of real injustice could take place even if there were a disposition to perpetrate it, without its being reversed there.

26. *MacDonald* c. *Ville de Montréal*, *supra*, note 11, p. 538 (juge WILSON).

de sa régie interne, des pouvoirs analogues à ceux accordés aux provinces par l'article 92(1) de cette même loi.

Ce n'est qu'en 1949 que le premier ministre Louis St-Laurent a cherché à corriger cette lacune de la *Loi constitutionnelle de 1867*, en requérant le Parlement britannique d'apporter à la Constitution canadienne une modification visant à doter le Parlement fédéral du pouvoir de modifier la « constitution du Canada », sauf dans cinq secteurs spécifiques. Le Parlement de Westminster a donné suite à l'adresse conjointe des deux chambres du Parlement fédéral, en édictant l'« *Acte de l'Amérique du Nord britannique (n° 2) 1949* »[27], lequel a reçu la sanction royale le 16 décembre 1949, et lequel a apporté une modification à la *Loi constitutionnelle de 1867* en ajoutant à son article 91 ce qui devint le paragraphe 1[28].

Cet article permettait au Parlement canadien de modifier la constitution du Canada, sous réserve de certaines exceptions, dont l'une concernait « l'emploi de l'anglais ou du français ». Mais, dans le contexte de l'article 91(1), l'expression « la constitution du Canada » était ambiguë. Désignait-elle le Canada en tant qu'État, ou désignait-elle le gouvernement central canadien, souvent appelé le gouvernement du Canada? La question était importante car, dans le premier cas, cette expression aurait recouvert l'ensemble des normes d'ordre constitutionnel du Canada, dont les normes juridiques formant les constitutions des provinces canadiennes; alors que dans le second cas, elle n'aurait compris que les normes constitutionnelles composant l'entité juridique fédérale. C'est aux tribunaux qu'a été laissée la tâche d'en déterminer le sens.

D'abord, dans l'arrêt *Jones*, le juge Laskin a écrit, au nom de la Cour suprême du Canada:

> Je n'ai pas ici à énoncer de façon exhaustive ce que comprend, au par. (1) de l'art. 91, l'expression « la constitution du Canada ». Elle comprend certainement l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, et ses modifications, et par conséquent l'art. 133.[29]

Ainsi envisagée, l'expression « la constitution du Canada » représentait l'ensemble des compétences en matière constitutionnelle, au Canada. Seules devaient y être soustraites les exceptions spécifiquement mentionnées. Une telle définition s'expliquait d'ailleurs d'autant mieux qu'à première vue, le pouvoir de modification constitutionnelle dévolu au Parlement fédéral par l'article 91(1) paraissait utiliser l'expression « constitution du Canada » dans son sens le plus large.

---

27. *A.A.N.B. (n° 2), 1949*, 13 Geo. VI, c.81 (R.-U.) Lois révisées du Canada (1985), Appendices, app. n° 33.

28. On peut retrouver le texte de l'article 91(1) dans les Lois révisées du Canada (1985), Appendices, app. n° 5, p. 24.

29. *Jones* c. *Procureur général du Nouveau-Brunswick*, *supra*, note 11, p. 196.

Quoi qu'il en soit, dans le *Renvoi sur le Sénat de 1979*, la Cour suprême du Canada a fait volte-face et a restreint de beaucoup la portée de cette expression. En effet, comme l'a affirmé la Cour:

> Le procureur général du Canada prétend que le pouvoir conféré au Parlement par le par. 91(1) est limité uniquement par les exceptions expresses y contenues. Il soutient que la spécificité même de ces exceptions indique l'ampleur du pouvoir ainsi conféré. Si cette façon de voir était adoptée, cela signifierait que le Parlement fédéral, agissant unilatéralement, pourrait modifier n'importe quelle partie de l'Acte, sous réserve seulement des exceptions énoncées au par. 91(1). Mais, le par. 91(1) ne donne pas le pouvoir de modifier l'Acte. Il emploie plutôt l'expression « Constitution du Canada ». À notre avis, le mot « Canada » au par. 91(1) ne se rapporte pas au Canada au sens géographique mais bien à l'entité juridique fédérale. La « Constitution du Canada » ne signifie pas l'ensemble de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, mais la constitution du gouvernement fédéral par opposition aux gouvernements provinciaux. Le pouvoir de modification conféré par le par. 91(1) est limité à ce qui concerne uniquement le gouvernement fédéral.[30]

Cette façon de voir supposait que l'ensemble des normes constitutionnelles canadiennes pouvait être divisé en une constitution fédérale et dix constitutions provinciales. Cette dernière définition, plus limitée, de l'expression « constitution du Canada » de l'article 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, nous semble d'ailleurs avoir été la plus adéquate.

En effet, nous croyons que le seul but de l'adoption du paragraphe 1 de l'article 91 a été d'accorder au Parlement fédéral un pouvoir analogue au pouvoir conféré aux provinces par l'article 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. N'oublions pas que l'autorité que les provinces canadiennes se sont vu accorder par l'article 92(1) sur ce qu'il serait convenu d'appeler « l'organisation interne de l'État provincial », n'a pas été expressément accordée au Parlement du Canada relativement à « l'organisation interne de l'État fédéral ». L'article 91(1) venait donc, à notre avis, combler ce vide historique. Mais alors, puisque le pouvoir de modification conféré par l'article 91(1) était lui-même limité à la constitution des seuls organes fédéraux ou centraux, quel était le but des exceptions qui y étaient mentionnées[31]?

Nous sommes d'opinion que l'existence de ces exceptions s'expliquait par un désir du fédéral de rassurer les provinces, inquiètes de son geste unilatéral, en confirmant clairement que les matières visées par ces exceptions ne devraient pas être comprises dans le pouvoir de modification que l'article 91(1) conférait au fédéral à l'égard de sa régie interne. En d'autres

---

30. *Renvoi: compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54, pp. 69-70.

31. Il a souvent été affirmé que si l'article 91(1) ne donnait au fédéral que le pouvoir de modifier les organes fédéraux, c'était parce que les exceptions qu'il prescrivait visaient justement les pouvoirs, droits et privilèges des provinces. Mais dans le *Renvoi sur le Sénat*, la Cour est parvenue au même résultat sans tenir compte de ces exceptions. En effet, la Cour a rejeté la prétention du procureur général du Canada que le pouvoir de modification conféré au Parlement fédéral n'était limité que par les réserves expresses qui s'y trouvaient.

termes, ces exceptions s'expliquaient par un désir d'enchâsser les sujets qui y étaient mentionnés[32].

De toute façon, quelle qu'ait été l'interprétation donnée à l'expression « la constitution du Canada », il n'a jamais semblé possible de douter du fait que l'article 133 était l'une des dispositions qui échappaient au pouvoir fédéral de modification conféré par l'article 91(1), à titre de disposition concernant l'emploi de l'anglais ou du français.

Par exemple, même dans l'arrêt *Jones*, la Cour suprême du Canada a affirmé:

> Dans ce qui est excepté du pouvoir de modification par le Parlement prévu au par. (1) de l'art. 91, il y a l'emploi de l'anglais et du français. Le Parlement se voit interdire de modifier la constitution du Canada en ce qui regarde l'emploi de l'une ou l'autre de ces langues, et par conséquent le par. (1) de l'art. 91 contient une allusion aux dispositions de la constitution qui en traitent, et donc à l'art. 133.[33]

---

32. Comme il a été affirmé dans P.W. HOGG, « Commentaires/Comments », (1980) 58 *R. du B. Can.* 631, pp. 634-635:

> This amendment was enacted at the request of the Canadian Government, of course, but it created some controversy in Canada because the joint address of the Senate and Commons which made the request had not been preceded by the agreement of the provinces. Several provincial premiers were opposed to the amendment on the ground that the whole question of amending the constitution should be left until agreement with the provinces had been achieved. Prime Minister St. Laurent responded by saying that the amendment would give to the federal Parliament no more than the provinces had always enjoyed under section 92(1) of the *B.N.A. Act* (which empowers each provincial Legislature to amend « the constitution of the province »), and that provincial concerns were unjustified because of the extensive exceptions expressly written into the new head of power.

Aussi à la page 638:

> The exceptions to section 91(1) could have been included out of an abundance of caution to assure the provincial critics of the 1949 amendment which added section 91(1) that no diminution of provincial powers, rights or privileges was intended.

Voir également A. BRADY, « Constitutional Amendment and the Federation », (1963) 29 *Can. J. of E.P.S.* 486, p. 489:

> To a degree this Act seems to federalize the amending procedure in making explicit that the power of the national parliament does not embrace matters assigned exclusively to the provincial legislatures, other rights and privileges of the provinces, rights of certain classes of persons in respect to schools, and the use of the English and French languages.
>
> On these questions the Act of 1949 may appear as a shield of provincial and minority rights. Yet the shield was promptly and irreverently treated as a target by provincial critics, especially in Quebec, not merely because of the unilateral manner whereby it was obtained, but because its broad terms seemed to menace the position of the provinces.

Voir enfin R.I. CHEFFINS, « The Constitution Act, 1982, and the Amending Formula: Political and Legal Implications », (1982) 4 *Supreme Court L.R.* 43, p. 46:

> Thus, by a series of conventions and a legal change made in 1949, we devised what was in fact an amending process and established five subject matters that were entrenched, that is to say, were beyond the normal domestic legislative process.

33. *Jones* c. *Procureur général du Nouveau-Brunswick*, *supra*, note 11, pp. 196-197. Voir également, p. 192: « À coup sûr, ce que l'art. 133 lui-même donne ne peut être enlevé par le Parlement du Canada [...] ».

Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Blaikie*, le juge Deschênes a également affirmé, à titre d'*obiter dictum* toutefois, au sujet de l'exception concernant « l'emploi de l'anglais ou du français », que celle-ci « [...] réfère à l'article 133 qui est ainsi mis expressément à l'abri de toute intervention législative fédérale »[34].

En faisant ainsi en sorte que l'aspect fédéral de l'article 133 soit, à l'instar de son aspect québécois, mis à l'abri de toute intervention législative[35], les tribunaux ont donc établi une parfaite égalité entre les pouvoirs (ou, devrions-nous dire, l'absence de pouvoirs) du fédéral et du Québec à l'égard de la modification de l'article 133.

Notons d'ailleurs qu'en excluant l'article 133 du pouvoir unilatéral de modification accordé par l'article 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les tribunaux ont appliqué à l'égard du fédéral cette intangibilité qu'ils avaient déjà accordée à l'article 133 à l'égard du pouvoir provincial de modification, intangibilité dont le juge Deschênes avait dit dans l'arrêt *Blaikie* qu'elle découlait de l'intention même des rédacteurs de l'article 133.

Notons également que l'équivalence des pouvoirs du fédéral et du Québec à l'égard de la modification de l'article 133 nous semble avoir été pleinement conforme à un autre principe qui avait été développé par le juge Deschênes dans l'arrêt *Blaikie* et qui était celui de l'indivisibilité des deux aspects de l'article 133. Le juge Deschênes avait en effet affirmé :

> [...] la Cour croit que les aspects fédéral et provincial de l'article 133 forment les deux côtés d'une seule et même médaille. Ces deux aspects ont été discutés ensemble, ils ont fait l'objet d'une concession contemporaine et d'une entente réciproque, ils ont été édictés ensemble et, si l'on peut emprunter au vocabulaire contractuel, chacun constitue la considération de l'autre. Ces deux aspects sont donc inséparables et ce serait trahir à la fois le texte de la loi et l'intention de ses auteurs que de prétendre imposer la permanence de l'un de ces aspects tout en permettant l'abolition de l'autre. La protection de l'usage de l'anglais à Québec fait partie intégrante de la disposition constitutionnelle qui assure la protection du français à Ottawa [...].[36]

Or, à notre avis, il aurait été contraire à cette réciprocité que le fédéral ait, à l'égard des dispositions de l'article 133, un pouvoir que le Québec n'ait pas eu. C'est sûrement d'ailleurs ce qui a fait dire au juge Beetz dans l'arrêt *MacDonald* que « [...] si l'art. 133 ne garantit qu'un minimum, ce minimum est loin d'être inconsistant »[37].

Ainsi mis à l'abri des pouvoirs de modification par législation ordinaire conférés tant au Parlement canadien qu'à la législature québécoise,

---

34. *Blaikie et autres* c. *Procureur général du Québec et Procureur général du Canada*, *supra*, note 13, p. 50. Encore une fois, nous sommes d'avis que l'expression « toute intervention législative » référait tant aux tentatives de modification indirecte de l'article 133, qu'aux tentatives de modification directe.

35. Voir *id.*, p. 58 : « [...] les deux aspects sont à l'abri de toute intervention législative fédérale ou provinciale ».

36. *Ibid.*

37. *MacDonald* c. *Ville de Montréal*, *supra*, note 11, p. 500.

non seulement l'article 133 consacrait-il l'égalité des langues anglaise et française pour certaines fins déterminées mais en plus conférait-il à ces deux langues « un statut privilégié par rapport à toutes les autres langues »[38] une protection spéciale[39]. En fait, cette intangibilité plaçait l'article 133, et bien sûr les droits qu'il protégeait, « dans une catégorie à part »[40]. Mais comment alors, si ce n'était en vertu des pouvoirs canadiens de modification, l'article 133 pouvait-il être modifié?

2. Le recours à Londres pour la modification de l'article 133

Avant 1982, aucune modification ne pouvait être apportée à l'article 133 par une loi canadienne ordinaire, avons-nous dit. En fait, ce n'était que par une modification constitutionnelle que cet article pouvait être modifié, et c'était Londres qui, en l'absence de pouvoirs canadiens applicables, pouvait apporter une telle modification.

Toutefois, bien qu'en théorie il était loisible au Parlement de la Grande-Bretagne de modifier la Constitution du Canada seul et sans le consentement du Canada, il n'en demeurait pas moins que, comme l'a affirmé le juge Lamer dans l'affaire *Blaikie*, « [...] l'usage a voulu que la chose soit [...] impensable au plan politique »[41]. Il ne semblait en effet faire aucun doute que, tant suivant l'article 4 du *Statut de Westminster*[42] que suivant les conventions constitutionnelles, le Parlement du Royaume-Uni n'aurait pas modifié notre constitution sans que le Canada lui en fasse la demande.

Il appartenait donc au Canada de requérir Londres d'apporter une modification constitutionnelle à l'article 133[43]. Au strict point de vue légal, les deux chambres du Parlement du Canada pouvaient adresser cette requête unilatéralement, sans consultation ou accord des autorités provinciales[44].

---

38. *Ibid.*

39. Voir *Jones* c. *Procureur général du Nouveau-Brunswick*, *supra*, note 11, p. 193.

40. Voir *P. G. du Québec* c. *Blaikie*, *supra*, note 21, p. 363 (juge DUBÉ).

41. *Id.* p. 355.

42. 1931, 22 GEO V. c. 4 (R.-U.); Lois révisées du Canada (1985), Appendices, app. n° 27.

43. C'est d'ailleurs ce qui a fait dire à H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2e édition Cowansville, Les éditions Yvon Blais Inc., 1990, p. 77: « [...] même pour les domaines non rapatriés, c'était le Canada lui-même qui avait le contrôle de son évolution constitutionnelle ».

44. Dans le *Renvoi: résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, une majorité de juges a reconnu que le Parlement du Canada pouvait légalement demander à Londres d'opérer des modifications constitutionnelles affectant directement les relations fédérales-provinciales, comme par exemple l'adoption des procédures de modification constitutionnelle elles-mêmes; et que le Parlement britannique avait l'entier pouvoir d'y donner suite.

Une telle action aurait probablement été inconstitutionnelle au sens conventionnel[45], mais n'aurait toutefois pas été sanctionnée par les tribunaux[46]. Quoi qu'il en soit, le problème de la violation d'une telle convention ne s'est jamais posé puisque le fédéral n'a jamais requis Londres d'apporter des modifications à l'article 133, de quelque façon que ce soit.

Mais s'il était impossible pour les autorités canadiennes de modifier elles-mêmes l'article 133, il leur était toutefois possible d'ajouter au régime de bilinguisme instauré par cet article, des droits ou des obligations en matière

---

45. Dans le *Renvoi: résolution pour modifier la Constitution, ibid.*, une majorité de juges a également été d'avis qu'il existait une convention constitutionnelle voulant que le Parlement du Canada ne demande pas à Londres des modifications de la Constitution affectant directement les relations fédérales-provinciales sans obtenir un degré appréciable (non défini toutefois) de consentement provincial. Or, nous nous posons la question suivante, purement académique toutefois: la modification de l'article 133 aurait-elle pu être considérée par la Cour comme ayant un effet direct sur les relations fédérales-provinciales? Nous croyons que oui, à la lumière de l'effet qu'aurait pu avoir une modification de l'article 133 sur les pouvoirs législatifs du fédéral et du Québec (voir les commentaires de ces juges majoritaires aux pages 886-887 du *Renvoi*) et à la lumière du rôle que jouait l'article 133 dans le principe fédéral canadien, ce principe-là même qui, selon la Cour, était la raison d'être de la convention constitutionnelle dont elle avait reconnu l'existence (voir pp. 905-909 du *Renvoi*). Quoi qu'il en soit, il ne fait pas de doute, à notre avis, que le Parlement fédéral se sentait lié (ou du moins s'est longtemps senti lié) par une convention voulant qu'il ne demande pas unilatéralement à Londres une modification de l'article 133. Il semble, en effet, comme l'a d'ailleurs rappelé G.-A. BEAUDOIN, *La Constitution du Canada*, Montréal, Éditions Wilson et Lafleur, 1990, p. 234, que le fédéral se reconnaissait le pouvoir de demander unilatéralement à Londres «[...] d'amender la Constitution dans les domaines fédéraux [...]», mais ne se reconnaissait pas les mêmes pouvoirs unilatéraux à l'égard des autres sujets. Nous partageons également l'opinion émise par certains auteurs à l'effet que les exceptions qui étaient expressément mentionnées à l'article 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* constituaient un «aveu implicite» de la part du fédéral de l'existence d'une convention voulant qu'il ne procède pas unilatéralement pour demander à Londres d'apporter des modifications aux matières qui y étaient énoncées. Voir, à cet effet, A. BRADY, *loc. cit.*, note 32, pp. 488-489:

> Faced by criticism of the federal government's unilateral action in these matters Mr. St. Laurent, as Minister of Justice and later Prime Minister, made his defence in a highly simple formula: whenever the amendments affected the powers and privileges of the provinces, the national government would request their consent; whenever these were not affected, it would seek amendments without their consent. This formula was reflected in the amendment of 1949 which, incorporated as section 91(1) in the British North America Act, permitted the national parliament to secure certain amendments without request to London, the type that formerly it had sought from London without consenting the provinces.

Voir également P. GÉRIN-LAJOIE, «Du pouvoir d'amendement constitutionnel au Canada», (1951) 29 *R. du B. Can.* 1136, p. 1154. Parlant précisément de l'exception contenue dans l'article 91(1) relativement à l'emploi de l'anglais ou du français, il affirme: «D'ailleurs, les restrictions que comporte l'amendement St-Laurent dans ce domaine constituent un aveu implicite d'incompétence de la part du législateur fédéral».

46. Dans le *Renvoi: résolution pour modifier la Constitution, supra*, note 44, la Cour suprême du Canada a affirmé que la sanction d'une convention constitutionnelle se devait d'être politique et non pas judiciaire: voir, par exemple, pp. 880 et 882.

linguistique[47]. Ainsi, dans l'affaire *Jones*, il avait été notamment allégué que l'article 133 épuisait la compétence constitutionnelle en ce qui concernait l'emploi de l'anglais ou du français et qu'une modification constitutionnelle était nécessaire pour appuyer toute législation qui, comme la *Loi sur les langues officielles*, une loi fédérale, allait au-delà de cette disposition[48].

La Cour suprême du Canada a alors décidé, sous la plume du juge Laskin, que s'il était vrai que l'article 133 constituait un minimum, en ce sens qu'il était impossible pour le Parlement canadien, ou la législature du Québec, de modifier les droits constitutionnels qu'il conférait, il n'en demeurait pas moins que ses dispositions n'étaient pas un maximum[49] et que rien n'empêchait l'une quelconque des deux assemblées législatives concernées de créer des droits additionnels ou des obligations supplémentaires, dans la mesure toutefois où elle respectait sa juridiction[50]. La *Loi sur les langues officielles*, parce qu'elle avait justement pour effet d'ajouter de nouveaux droits linguistiques à ceux déjà accordés par l'article 133 et parce qu'elle respectait la juridiction législative du fédéral, a donc été déclarée constitutionnelle par la Cour.

Ainsi était-il loisible au Parlement fédéral et à la législature québécoise d'augmenter, par loi ordinaire[51], le nombre d'activités judiciaires

---

47. Ce n'est pas d'une modification de l'article 133 dont nous parlons mais bien plutôt de l'adoption de nouvelles dispositions qui auraient eu pour effet d'ajouter au bilinguisme instauré par cet article. En d'autres termes, ce n'est pas d'une « addition à l'article 133 », dans le sens textuel de cette dernière expression, dont il est question, mais bien plutôt d'une « addition au régime de bilinguisme instauré par l'art. 133 ».

48. Voir *Jones* c. *Procureur général du Nouveau-Brunswick*, *supra*, note 11, p. 192. Il avait aussi été allégué que l'exception relative à « l'emploi de l'anglais ou du français » dans le paragraphe 1 de l'article 91 empêchait le fédéral de légiférer de quelque façon à l'égard des langues, mais la Cour, à la page 196, a statué que cette exception ne visait que l'article 133 : « Cette prétention a pour effet de transformer l'exception apportée à l'octroi d'un nouveau pouvoir sous le régime du par. (1) de l'art. 91, en une limitation de fond de caractère général n'ayant aucun rapport avec ce pouvoir [...] ».

L'appelant s'était également appuyé sur la règle d'interprétation exprimée dans la maxime *expressio unius est exclusio alterius* (l'adoption d'un texte explicite exclut la possibilité de continuer à procéder par déduction). Cet argument a été rejeté par la Cour suprême, à la page 196, pour le motif qu'on ne cherchait pas, en l'espèce, à faire entrer dans l'article 133 quelque chose qui n'y était pas expressément inclus. L'article 133 demeurait intouché puisque c'était à l'extérieur de cet article que le Parlement avait agi.

49. Voir *Jones* c. *Procureur général du Nouveau-Brunswick*, *supra*, note 11, p. 193. On notera d'ailleurs avec intérêt que le juge Laskin s'était notamment référé à l'historique législatif de l'article 133 pour étayer sa conclusion que cet article n'avait qu'une portée minimale : voir particulièrement pp. 194-195 ; voir également les propos tenus par le juge Bélanger dans l'arrêt *P.G. du Québec* c. *Blaikie et autres*, *supra*, note 21, p. 359. Le juge Laskin s'était également référé au libellé même de l'article 133 qu'à l'esprit du partage des pouvoirs établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*, pour étayer sa conclusion : voir p. 192.

50. Voir *Jones* c. *Procureur général du Nouveau-Brunswick*, *id.*, pp. 192, 193 et 195. Voir également *MacDonald* c. *Ville de Montréal*, *supra*, note 11, p. 496.

51. Cette addition pouvait évidemment se faire par le biais d'une simple loi. C'est d'ailleurs dans ce sens que la Cour suprême a affirmé dans *Jones* c. *Procureur général du*

et législatives sujettes au bilinguisme, voire d'y assujettir n'importe quel autre type d'activités. D'ailleurs, comme a tenu à le rappeler la Cour suprême quelques années après l'arrêt *Jones*, à l'occasion de l'affaire *MacDonald*, seul le processus politique, par opposition au processus judiciaire, pouvait ainsi étendre les limites de l'article 133[52].

Mais qu'est-il advenu au juste de tous ces principes élaborés par la jurisprudence et, plus généralement, des modalités de la modification de l'article 133, après l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

B. LA MODIFICATION DE L'ARTICLE 133 APRÈS LA *LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1982*

Les pouvoirs de modification conférés au Parlement canadien et aux législatures provinciales par les articles 91(1) et 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, respectivement, ont été abrogés par l'article 53(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ce dernier article référant en effet aux modifications apportées par la colonne II de l'annexe de cette dernière loi, dont notamment les modifications à l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867*, et à l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique (n° 2) de 1949*. Cette abrogation tient au fait que ces pouvoirs ont été intégrés dans la *Loi constitutionnelle de 1982*[53], particulièrement aux articles 44 et 45.

Nouveau-Brunswick, *id.*, p. 195: « La diminution par le Parlement de la protection donnée par l'art. 133 est une chose; cela requiert un amendement constitutionnel. C'est toute autre chose que d'étendre cette protection au-delà de ses limites actuelles ».

52. Voir *MacDonald* c. *Ville de Montréal*, *supra*, note 11, p. 496: « [...] il n'appartient pas aux tribunaux, sous le couvert de l'interprétation, d'améliorer ce compromis constitutionnel historique, d'y ajouter ou de le modifier ».

53. Il était d'ailleurs difficile d'établir un nouveau régime de modification constitutionnelle sans chercher à y intégrer les articles 91(1) et 92(1). Rappelons simplement, à titre d'exemple, que lors de la Conférence de 1950, plusieurs provinces avaient protesté contre l'article 91(1) qui venait d'être promulgué. Elles estimaient que cette disposition allait trop loin et permettait au Parlement fédéral d'apporter unilatéralement des modifications constitutionnelles d'un grand intérêt pour les provinces. Le premier ministre St-Laurent avait alors affirmé, après avoir rappelé aux provinces que l'article 91(1) n'avait pas pour but d'affecter leurs pouvoirs et prérogatives, que le gouvernement serait disposé, si l'on arrivait à s'entendre sur une formule générale de modification, à y intégrer l'article 91(1), après y avoir apporté les corrections capables de dissiper les inquiétudes et les appréhensions des provinces: voir G. FAVREAU, *Modification de la Constitution du Canada*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965, p. 26. Voir aussi G.-A. BEAUDOIN, *op. cit.*, note 45, p. 234.

De même, lors de la Conférence des procureurs généraux tenue en octobre 1964, l'un des principaux problèmes avait été d'intégrer le pouvoir conféré au Parlement canadien par l'article 91(1) à la procédure générale de modification qui était proposée. Il ne semblait faire de doute, dans l'esprit de personne, que les dispositions de l'article 91(1), avec les mises au point appropriées, devaient faire partie d'une procédure de modification générale et complète, et que les dispositions correspondantes de l'article 92(1), relatives au pouvoir de modification exclusif des provinces, devaient également être comprises dans une telle procédure: voir G. FAVREAU, *id.*, pp. 30-31.

En ce qui concerne les modifications à apporter aux dispositions de la Constitution du Canada relatives à l'usage de l'anglais ou du français, nous sommes d'avis que l'exhaustivité des articles 41c) et 43b) rend impossible toute application des articles 44 et 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, niant ainsi toute possibilité que de telles modifications puissent être apportées unilatéralement par le Parlement canadien ou par une législature provinciale[54]. À cet égard, la *Loi constitutionnelle de 1982* ne fait donc que maintenir la situation qui prévalait avant son adoption.

Nous avons déjà vu effectivement que, avant 1982, les dispositions de « l'aspect québécois » de l'article 133 n'étaient pas couvertes par le pouvoir de modification conféré aux provinces par l'article 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il n'est donc pas étonnant que, lorsque ce dernier article a été intégré dans le régime de modification instauré par la *Loi constitutionnelle de 1982*, le constituant ait pris tous les soins pour que la modification des dispositions de l'article 133 continue d'échapper aux pouvoirs unilatéraux de modification conférés par l'article 45 aux législatures provinciales, à l'égard de la « constitution de la province »[55].

De la même façon, comme nous l'avons vu également, « l'aspect fédéral » de l'article 133 échappait aux pouvoirs conférés au Parlement canadien par l'article 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il n'est donc pas étonnant que, dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, le constituant ait voulu éviter que le Parlement canadien se voit accorder un quelconque pouvoir unilatéral de modification de ces dispositions, en mentionnant explicitement que l'article 44 doit s'appliquer sous *réserve de l'article 41*.

Empressons-nous toutefois de mentionner que, malgré l'abrogation des articles 91(1) et 92(1), la jurisprudence qui a porté sur ces articles demeure pertinente à maints égards, notamment à l'égard des principes qu'elle a pu élaborer quant à la nature de l'article 133 et quant au lien qui existe entre cette nature et les modalités de la modification de cet article. Il y a donc lieu de se demander en quoi la nature de l'article 133 est en mesure d'influencer, à son égard, le choix de la procédure de modification de l'article 41c) ou de celle de l'article 43b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Il ne fait aucun doute que la « partie fédérale » de l'article 133 n'est, ni dans son libellé ni dans son esprit, une disposition applicable à certaines provinces seulement, au sens de l'article 43b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle est au contraire une disposition intéressant l'ensemble des provinces canadiennes ou, globalement, l'ensemble du Canada. Il appert en

---

54. En effet, même l'article 43, qui est pourtant moins exigeant que l'article 41 quant au degré de consentement requis pour opérer une modification, requiert la participation du Parlement fédéral et de la législature de la province concernée, rendant ainsi impossible quelque action unilatérale que ce soit.

55. Nous ne voyons aucune raison pour laquelle l'expression « constitution de la province » de l'article 45 ferait l'objet d'une interprétation différente de celle qui a été donnée à la même expression que l'on retrouve dans l'article 92(1).

effet que la « partie fédérale » de l'article 133 a toujours été considérée comme étant « [...] une disposition de la plus haute importance pour ceux qui appartiennent à la minorité linguistique au Québec et ailleurs au Canada. Il a un effet non seulement sur les droits des personnes qui ont affaire au pouvoir judiciaire de l'État, mais aussi sur le statut global des deux langues officielles du Canada »[56].

Il faut se rappeler effectivement que, *dans le domaine judiciaire d'abord*, c'est en 1867 que, par l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ont été conférés au Parlement canadien le pouvoir de constituer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, ainsi que le pouvoir d'établir d'autres tribunaux pour assurer la meilleure exécution des lois du pays. La création de nouveaux tribunaux fédéraux a donc posé la question de savoir quelle langue pourrait y être utilisée.

La solution qui a été retenue a été celle de reproduire, au palier fédéral, le même bilinguisme facultatif que celui que l'on avait décidé d'appliquer au Québec. Cette solution n'a toutefois pas été retenue sans débats. Il appert effectivement qu'en premier lieu, les politiciens anglophones ont proposé de limiter la portée du bilinguisme judiciaire aux seuls tribunaux fédéraux siégeant au Québec. Cette proposition s'est même retrouvée dans une résolution présentée en 1864 lors de la « Conférence de Québec »[57]. Elle a alors été rejetée, puis a été reformulée en termes ressemblant davantage au texte actuel de l'article 133[58]. Une révision de cette disposition a toutefois soulevé d'autres débats au cours desquels certains sont revenus à la suggestion initiale de limiter le bilinguisme facultatif aux tribunaux fédéraux siégeant au Québec[59]. Cette suggestion a finalement été rejetée, et il a été accepté que l'anglais et le français aient un statut égal devant tout tribunal fédéral, où qu'il siège.

Mais *dans le domaine législatif également*, la création du Sénat et de la Chambre des communes au Canada, par l'article 17 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, a soulevé des problèmes nouveaux reliés à la langue pouvant ou devant y être utilisée. Encore une fois, un débat acharné a été

---

56. Voir l'opinion du juge Wilson dans l'arrêt *MacDonald* c. *Ville de Montréal*, *supra*, note 11, p. 510.

57. Ainsi, Alexander T. Galt avait proposé, lors de la Conférence de Québec : « That in the General Legislature and in its proceedings, the English and French languages may be both especially employed. And also in the Local Legislature of Lower Canada and in Federal and Local Courts of Lower Canada »; J. POPE, *Confederation Documents*, Toronto, The Carswell Co., 1895, p. 33, cité dans H. MARX, « Language Rights in the Canadian Constitution », (1967) 2 *R.J.T.* 239, p. 249.

58. Voir H. MARX, *ibid.* :

This was incorporated into the Quebec Resolutions as No. 46, which stated:

> Both the English and French languages may be employed in the general Parliament and its proceedings, and in the Local Legislature of Lower Canada, and also in the Federal Courts and in the Courts of Lower Canada.

59. *Id.*, p. 250.

tenu entre politiciens francophones et anglophones au sujet de l'emploi du français et de l'anglais dans la rédaction et la publication des journaux des chambres législatives fédérales et des lois édictées par celles-ci[60]. Les représentants du Québec ont fortement critiqué la formulation, à caractère trop facultatif, de la disposition. Ils ont plutôt réclamé des protections obligatoires. Ces revendications n'ont pas été vaines car l'article 133 a finalement été rédigé en termes obligatoires en ce qui concerne la publication des lois.

L'historique législatif de la « partie fédérale » de l'article 133 démontre donc éloquemment l'importance que les députés, les francophones à tout le moins, lui reconnaissaient. En fait, cette importance semble avoir été telle, que l'on peut même soutenir que l'adoption de « l'aspect fédéral » de l'article 133 a été une condition fondamentale du pacte fédératif canadien. En effet, comme l'a affirmé John A. MacDonald au cours des grands débats parlementaires de 1865 :

> [...] as it stands just now the majority governs; but in order to cure this, it was agreed at the Conference to embody the provision in the Imperial Act. This was proposed by the Canadian Government, for fear an accident might arise subsequently, and it was assented to by the deputation from each province that the use of the French language *should form one of the principles on upon which the Confederation should be established*, and that its use, as at present, should be guaranteed by the Imperial Act.[61]

De ce fait — et du fait du principe de l'exhaustivité des articles 41c) et 43b), dont nous avons déjà parlé — nous croyons que la « partie fédérale » de l'article 133 ne doit être modifiée que selon la procédure de l'unanimité prévue à l'article 41c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*[62]. Mais qu'en est-il de la « partie québécoise » de ce même article?

Au strict point de vue technique, si on ne considère que son libellé, la « partie québécoise » de l'article 133 est certes une disposition qui n'est applicable qu'au Québec. Mais on aurait tort de conclure de ce seul fait, comme

---

60. Voir C.-A. SHEPPARD, *The Law of Languages in Canada*, Ottawa, Studies of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, 1971, pp. 64-67, pour une description de ces débats.

61. *Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces, 3rd Session, 8th Provincial Parliament of Canada*, *supra*, note 25, p. 944. Nos italiques.

62. Il a été affirmé dans H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 43, pp. 230-231, que l'article 41c) avait notamment pour objet les modifications constitutionnelles portant sur le « bilinguisme institutionnel au niveau fédéral » et, à cet égard, n'incluait « pas autre chose que le volet fédéral des articles 16 à 20 de la Charte canadienne ». Il n'y a aucun doute quant à nous que ces auteurs ont carrément oublié de traiter de « l'aspect fédéral » de l'article 133, cette dernière disposition entrant visiblement sous le couvert de l'article 41c), non seulement parce qu'elle intéresse le bilinguisme au niveau fédéral mais également parce qu'elle intéresse le bilinguisme dans tout le Canada.

l'ont pourtant fait quelques auteurs[63], qu'elle est modifiable en vertu de l'article 43b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Nous croyons effectivement que pareil raisonnement est quelque peu hâtif et fait fi de deux considérations majeures: l'esprit de l'article 133 et son indivisibilité.

Il nous semble en effet que, bien qu'il ne soit techniquement applicable qu'à la province de Québec, « l'aspect provincial » de l'article 133 intéresse au contraire, dans son esprit même, l'ensemble du fédéralisme canadien. C'est ainsi, du moins, que l'a compris le juge Beetz, qui a dit de l'article 133, dans l'arrêt *MacDonald*, qu'il était le résultat « d'un compromis historique intervenu entre les fondateurs quand ils se sont entendus sur les modalités de l'union fédérale »[64].

C'est ainsi également que l'avait compris le juge Bélanger dans l'affaire *Blaikie*:

> À mon sens, en accordant aux provinces le pouvoir d'amender leur Constitution, le Législateur n'a pas eu l'intention de leur accorder le droit de changer les garanties prévues à l'article 133 [...]. Il est bien sûr que le Législateur n'a pas voulu que les parties à l'état fédératif puissent *en modifier* unilatéralement les *conditions*.[65]

Dans la même affaire, le juge Casey avait lui aussi émis une opinion allant dans le même sens:

> The *B.N.A. Act* was an attempt to resolve the problems unavoidably caused by the separate existence and divided population of the Colonies. A *basic requirement* of this solution was that minority rights be respected — hence sec. 133. It follows that the right to amend conferred on provincial legislatures by sec. 92(1) cannot be extended to cover a provision such as sec. 133. « Constitution of the Province » must be limited to the manner in which provincial legislative authority is exercised: it cannot be read to permit the modification of that authority or amendment or nullification of a provision *that was designed to serve the best interest of all.*

---

63. Voir, par exemple, A. PRUJINER, « Le bilinguisme judiciaire au Québec », (1983) 24 *C. de D.* 41, p. 50: « La *Loi constitutionnelle de 1982* établit maintenant qu'une modification de cet article requiert l'accord du Parlement fédéral et de l'Assemblée nationale ». Voir aussi B. SCHWARTZ, *Fathoming Meech Lake*, Winnipeg, Legal Research Institute of the University of Manitoba, 1987, p. 125:

> Section 43(b) makes the National Assembly an equal partner with Parliament in approving any changes to the Constitution that relate to the use of the English or French language in Quebec.

Voir également A. BRAËN, « Les recours en matière de droits linguistiques », dans M. BASTARACHE et AUTRES, *Les droits linguistiques au Canada*, Montréal, Les éditions Yvon Blais Inc., 1986, p. 504. Notons enfin que dans H. BRUN et G. TREMBLAY, *id.*, note 43, il a été affirmé, à la page 228, que l'article 43b) vise notamment « [...] l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour le Québec [...] ». Leur conclusion a toutefois le mérite de ne pas avoir découlé d'une interprétation stricte de l'article 43b). Elle semble au contraire avoir découlé d'une lecture de l'article 43b) à la lumière de la compétence conférée aux provinces par l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*: voir p. 229. On retrouve d'ailleurs le même raisonnement développé par P.W. HOGG, *Canada Act 1982 Annotated*, Toronto, The Carswell Co. Ltd., 1982, pp. 95-97. Nous entendons toutefois y revenir un peu plus loin.

64. *MacDonald* c. *Ville de Montréal*, *supra*, note 11, p. 496.

65. *P. G. du Québec* c. *Blaikie*, *supra*, note 21, p. 360. Nos italiques.

> For these reasons the argument that sec. 133 is severable and that the provincial part of that section forms part of the « Constitution of the Province » is without substance.
>
> Nor am I impressed by the argument that the totality of legislative authority was divided between the central and local governments and that the latter, there being no exclusion in sec. 92(1) comparable to that of sec. 91(1), are empowered to amend sec. 133. Apart from the fact that the basic premise is unfounded, *the unalterability of sec. 133 results from the intention of Parliament to unite the Provinces*.[66]

Mais alors la question se pose, à savoir: Qu'est-ce qui fait de « l'aspect québécois » de l'article 133 une disposition si intrinsèquement liée aux conditions les plus fondamentales de notre fédéralisme? La réponse semble tenir dans le fait que son adoption ait été une condition essentielle de l'adhésion même du Québec au pacte fédératif canadien.

Il appert effectivement que, *dans le domaine législatif en tout premier lieu*, comme devait le souligner le juge Dubé dans l'arrêt *Blaikie* rendu par la Cour d'appel du Québec:

> [...] un rapide coup d'œil sur l'histoire du Canada nous force à réaliser que en fait, l'anglais et le français ont toujours été sur un pied d'égalité dans le Bas-Canada depuis la conquête sauf durant une brève période soit de 1840 à 1848 alors que l'*Acte d'Union, 1840* donna une valeur prioritaire à l'anglais [...].[67]

En effet, l'*Acte d'Union de 1840*[68] avait réuni le Haut-Canada et le Bas-Canada et avait doté les deux provinces d'une même assemblée de représentants. L'article 41 de cette loi disposait notamment que tous journaux, procédés écrits et rapports du Conseil législatif ou de l'Assemblée législative de la Province du Canada, ou de leurs comités, devaient n'être rédigés que dans la langue anglaise[69].

En fait l'article 41 n'interdisait pas l'emploi du français comme langue des débats à la législature. Le français continuait d'y être entendu[70], mais n'y avait cependant aucun statut officiel. Les registres du Parlement et les lois n'étaient par conséquent rédigés qu'en anglais, sous réserve toutefois de la possibilité qu'il en soit fait une traduction non officielle. À cet égard d'ailleurs, une loi de la nouvelle législature était venue, en 1841, pourvoir

---

66. *Id.*, p. 353. Nos italiques.

67. *Id.*, p. 363.

68. 1840, 3-4 Victoria, c. 35 (R.-U.); Lois révisées du Canada (1985), Appendices, app. n° 4.

69. Pour le texte complet de l'article 41 en question, voir L.R.C. (1985), Appendices, app. n° 4, p. 15.

70. C'est sûrement ce qui a amené le juge Wilson, dans l'arrêt *MacDonald* c. *Ville de Montréal*, *supra*, note 11, p. 530, à affirmer que: « Malgré la désignation de l'anglais comme langue officielle en vertu de l'Acte de 1840, il y a une reconnaissance explicite dans cette loi de l'usage de fait des langues française et anglaise [...] ».

à ce que les lois du Canada soient traduites de l'anglais au français, et diffusées au Bas-Canada[71].

En 1845, les députés francophones ont réussi à faire voter à l'unanimité, par la législature, une adresse à la Reine la priant d'abroger l'article 41 de l'*Acte d'Union*. Cette adresse faisait état de la nécessité de rétablir l'égalité des langues anglaise et française qui, prétendaient-ils, existait jusqu'à la passation de l'*Acte d'Union*[72].

En 1848, le Parlement anglais a finalement réagi à la demande canadienne et a abrogé l'article 41 de l'*Acte d'Union*, rétablissant ainsi le caractère officiel de la langue française dans le domaine législatif[73]. Claude-Armand Sheppard a d'ailleurs fait remarquer qu'il a résulté de cette abrogation la première reconnaissance *officielle* du bilinguisme par le souverain[74].

Bien qu'il semble, comme l'affirma le juge Laskin, que « [...] nous pouvons prendre connaissance d'office de ce qu'après cette abrogation, les statuts de la Province du Canada furent édictés en anglais et en français [...] »[75], on comprend néanmoins que les Québécois aient cherché à obtenir des garanties qu'une atteinte comme celle qui avait été portée à leurs droits par l'article 41 de l'*Acte d'Union* ne se répète pas. N'oublions pas en effet que, malgré la défaite de la politique d'assimilation préconisée par Lord Durham — défaite justement consacrée par l'abrogation de l'article 41 de l'*Acte d'Union* — les Canadiens français étaient sensibilisés à la fragilité des assises juridiques de l'usage de la langue française, fragilité mise en relief par l'article 41 en question. Il n'est donc pas étonnant que ceux-ci aient réclamé que des protections soient enchâssées dans la Constitution canadienne[76]. Ainsi,

---

71. *Acte pour pourvoir à ce que les Lois de cette Province soient traduites dans la Langue Française, et pour d'autres objets y relatifs*, Statuts du Canada, 4-5 Vict., 1841, c. XI [18 septembre 1841]. On peut retrouver le texte des dispositions pertinentes de cette loi dans l'opinion du juge Wilson, dans l'arrêt *MacDonald* c. *Ville de Montréal*, *supra*, note 11, pp. 530-531.

72. On peut retrouver le texte de cette adresse dans M. NANTEL, « La langue française au Palais », (1945) 5 *R. du B.* 201, p. 214.

73. *The Union Act Amendment Act*, 1848, 11-12 Vict., c. 56 (U.-K.).

74. Voir C.-A. SHEPPARD, *loc. cit.*, note 60, p. 59.

75. *Jones* c. *Procureur général du Nouveau-Brunswick*, *supra*, note 11, p. 194.

76. On se rappellera avec intérêt, à cet égard, ces paroles tenues par Antoine-Aimé Dorion, dans le cadre des grands débats « préconfédératifs », en réponse à une remarque de John A. Macdonald :

> The Hon. Attorney General West stated that the intention of delegates at the Quebec Conference was to give the same guarantees for the use of the French language in the Federal Legislature, as now existed under the present union. I conceive, sir, that this is no guarantee whatsoever, for in the Union Act it was provided that the English language alone should be used in Parliament, and the French language was entirely prohibited; but this provision was subsequently repealed by the 11th and 12th Victoria, and the matter left to the discretion of the Legislature. So that if, to-morrow, this Legislature choose to vote that no other but the English language should be used in our proceedings, it might do so, and thereby forbid the use of the French language. There is, therefore, no guarantee

lorsqu'a été tenue la Conférence de Québec en 1864, laquelle a d'ailleurs été un prélude à la fédération de 1867, la résolution 46 avait été rédigée comme suit:

> Les langues anglaise et française pourront être simultanément employées dans les délibérations du Parlement fédéral ainsi que dans la législature du Bas-Canada, et aussi dans les cours fédérales et les cours du Bas-Canada.

C'est cette résolution, devenue la résolution 45 en 1866, qui a été reprise dans le libellé de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de nouvelles dispositions y ayant toutefois été ajoutées en termes obligatoires quant à la rédaction des registres, procès-verbaux et journaux des chambres législatives[77]. Nous pouvons donc affirmer que l'article 133 s'est trouvé à enchâsser dans la Constitution le bilinguisme qui existait déjà au Québec, au plan législatif, depuis *au moins* dix-huit années avant son adoption, répondant ainsi aux besoins qu'avaient les Québécois de voir ces droits maintenus et efficacement protégés.

Mais s'il est vrai que l'article 133 s'est surtout attardé à constitutionnaliser la situation linguistique qui existait déjà au Québec au plan législatif, il semble possible d'affirmer que, *dans le domaine judiciaire également*, «[l]e statut de l'anglais et du français devant les tribunaux du Québec au sens de l'art. 133 de l'*A.A.N.B.* révèle une pratique continue qui remonte presque au début du régime britannique»[78]. L'histoire de l'instauration du bilinguisme dans le domaine judiciaire au Québec démontre effectivement qu'au tout début de la conquête, le régime militaire anglais avait maintenu le système juridique existant en attendant l'adoption d'une politique définitive sur l'avenir du Québec[79].

> for the continuance of the use of the language of the majority of the people of Lower Canada, but the will and the forbearance of the majority.

Voir *Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces*, *supra*, note 25, p. 944.

77. Voir *Jones* c. *Procureur général du Nouveau-Brunswick*, *supra*, note 11, pp. 194-195: «Quand elle devint l'art. 133, un aspect obligatoire était venu s'ajouter à sa disposition touchant l'usage de l'anglais ou du français».

78. *Procureur général du Québec* c. *Blaikie et autres* (*Blaikie n° 2*), [1981] 1 R.C.S. 312, p. 330. Voir aussi en ce sens, *MacDonald* c. *Ville de Montréal*, *supra*, note 11, pp. 525 et 537.

79. Comme l'a affirmé J. DESCHÊNES, dans 'L'évolution historique du statut juridique des langues au Canada', (1983) 24 *C. de D.* 23, p. 31: «Il n'y avait pas eu de législation portant directement sur la langue dans les 80 ans qui ont suivi la conquête; mais on peut se permettre certaines déductions, compte tenu des conditions de vie dans le pays». Voir également A. PRUJINER, *loc. cit.*, note 63, p. 42: «Les solutions apportées eurent un caractère provisoire du fait de l'incertitude des résultats de la conquête jusqu'à la fin de la guerre en Europe, en 1763». Voir enfin *Devine* c. *Procureur général du Québec*, [1982] C.S. 355, p. 363 (juge DUGAS):

> Il n'est pas question de langue dans la Capitulation de Québec de 1759 ou dans la Capitulation de Montréal de 1760. Il n'en est pas plus question dans le Traité de Paris de 1763 ou la Proclamation royale du 7 octobre 1763.

Certes, par la Proclamation de George III du 7 octobre 1763, on avait cherché à faire de l'anglais la seule langue de l'administration de la justice au Québec[80], mais, comme l'a rappelé Jules Deschênes, la langue du milieu a résisté: la justice a dû se plier au fait français[81]. Ainsi, les gouvernants anglais ont-ils dû faire volte-face et promulguer, le 1er février 1770, une ordonnance établissant le droit du demandeur de rédiger sa déclaration dans la langue de son choix en matière civile. Cette ordonnance semble d'ailleurs avoir été la «première expression juridique officielle du bilinguisme judiciaire québécois»[82].

C'est l'*Acte de Québec de 1774* qui, sans se prononcer sur la langue toutefois, est venu abroger la Proclamation de 1763 et rétablir les lois françaises. Comme l'a affirmé Jules Deschênes, «[i]l était évident que la justice devait alors se rendre dans les deux langues»[83]. Ainsi, dès 1775, les premiers juges francophones ont été nommés et en 1777, une ordonnance a obligé les juges à délivrer le bref d'assignation dans la langue du défendeur. Cette dernière

---

80. Voir J. DESCHÊNES, *id.* p. 32, où il affirme que la Proclamation de George III du 7 octobre 1763 ne s'est pas directement intéressée à la langue, mais a néanmoins introduit dans la colonie la loi et la justice anglaises, et, en conséquence, la langue anglaise. Voir également A. PRUJINER, *loc. cit.*, note 63, p. 46. Voir enfin *Devine* c. *Procureur général du Québec*, *id.*, p. 363 (juge DUGAS). La situation était la suivante: après la signature du traité de paix à Paris, le 10 février 1763, par lequel le Québec était définitivement cédé à l'Angleterre, les Anglais s'étaient engagés dans la voie de l'assimilation. Portant d'abord sur la religion, la tentative d'assimilation s'est attaquée par la suite au domaine juridique. Ainsi, la Proclamation de George III du 7 octobre 1763, en plus de définir les limites géographiques de la nouvelle province de Québec, y imposait un régime juridique calqué sur le modèle anglais:

> Nous avons donné aux gouverneurs de nos colonies sous notre grand sceau, le pouvoir de créer et d'établir, de l'avis de Nosdits conseils, des tribunaux civils et des cours de justice publiques dans Nosdites colonies pour entendre et juger toutes les causes aussi bien criminelles que civiles, suivant la loi et l'équité, conformément autant que possible aux lois anglaises.

Dans les faits, la conformité avec les lois anglaises impliquait la conformité avec une loi anglaise de 1731: *An Act that all Proceedings in Courts of Justice within that Part of Great Britain called England, and in the Court of Exchequer in Scotland, shall be in the ENGLISH Language*, 1731, 4 Geo. II, c. 26 (U.-K.). Cette loi était notamment à l'effet que:

> [...] all Proceedings whatsoever in any Courts of Justice [...] and which concern the Law and Administration of Justice, shall be in the English Tongue and Language only, and not in Latin or French, or any other Tongue or Language whatsoever [...].

Au Québec aussi, donc, l'anglais était devenue la seule langue de l'administration de la justice. Notons toutefois que Herbert Marx a douté que la Loi de 1731 se soit appliquée au Canada: *loc. cit.*, note 57, pp. 268-269.

81. J. DESCHÊNES, *id.*, p. 32. En ce sens, voir également A. PRUJINER, *id.* pp. 44 et 48.

82. Voir A. PRUJINER, *id.*, p. 47.

83. J. DESCHÊNES, *loc. cit.*, note 79, p. 32. Voir également A. PRUJINER, *id.*, p. 48: «[...] le droit français n'existant qu'en langue française, celle-ci obtenait *ipso facto* un statut judiciaire officiel». Voir toutefois les commentaires du juge Dugas dans l'arrêt *Devine* c. *Procureur général du Québec*, *supra*, note 79, p. 364, concernant l'article XI de l'*Acte de Québec* et la langue du procès en matière criminelle.

ordonnance a d'ailleurs été confirmée par une autre ordonnance en 1785[84]. Puis, après une certaine période de flottement entre le bilinguisme intégral et le bilinguisme optionnel, on est finalement revenu à cette dernière solution, comme en témoigne une ordonnance de 1846 disposant que la langue des procédures devait être laissée au choix des parties[85].

Comme l'a fait remarquer Jules Deschênes, « [c']est cette dernière disposition qui a été retenue dans l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qui a donc continué de régir les institutions [...] judiciaires [...] à Québec jusqu'à nos jours »[86]. Mais comme l'a également fait remarquer Alain Prujiner, « [l']article 133 [n'a pas apporté] de changement important quant aux pratiques linguistiques devant les tribunaux québécois »[87].

Nous constatons donc que, à l'instar de ce qui a été le cas pour l'adoption de l'article 133 quant au domaine législatif, le constituant s'est davantage attardé à enchâsser dans la Constitution les droits qui existaient déjà au Québec dans le domaine judiciaire, qu'à créer des droits nouveaux. En ce faisant, il a conféré « [...] à la préoccupation historique à l'égard du statut des deux langues un caractère constitutionnel »[88] et a ainsi répondu aux attentes déjà mentionnées des Québécois envers le maintien et la protection de leurs droits.

Voilà qui explique pourquoi les Pères de la fédération canadienne, bien au fait du vieux problème épineux des droits linguistiques, ont choisi l'unilinguisme optionnel pour les tribunaux et le bilinguisme obligatoire pour les fins législatives[89]. Mais voilà qui explique également en quoi l'adoption de l'article 133 a été une condition essentielle de l'adhésion du Québec au pacte fédératif canadien. Il semble en effet que sans cette protection constitutionnelle, les Québécois francophones se seraient senti menacés par le contexte minoritaire dans lequel ils étaient appelés à se retrouver dans le cadre du fédéralisme canadien et auraient craint que leurs droits historiques à l'usage du français soient attaqués par la majorité anglophone du Canada. Il est donc permis de penser que, sans la protection de l'article 133, le Québec n'aurait tout simplement pas adhéré au fédéralisme canadien.

On comprend alors aisément que le juge Deschênes ait dit des droits conférés par l'article 133 qu'ils font « [...] partie de la constitution du Canada avant de faire partie de la constitution du Québec »[90], et que Paul Gérin-Lajoie en ait dit qu'ils étaient « [...] de la nature de garanties intangibles encore plus

---

84. Voir A. PRUJINER, *id.*, p. 48. Voir également l'arrêt *MacDonald* c. *Ville de Montréal*, *supra*, note 11, 537 (juge WILSON).

85. Voir J. DESCHÊNES, *loc. cit.*, note 79, p. 35 ; et aussi A. PRUJINER, *id.*, pp. 48-50.

86. J. DESCHÊNES, *id.*, p. 35.

87. A. PRUJINER, *loc. cit.*, note 63, p. 50.

88. Voir l'opinion du juge Wilson dans l'arrêt *MacDonald* c. *Ville de Montréal*, *supra*, note 11, 537.

89. Voir *id.*, pp. 493-494 (juge BEETZ).

90. *Blaikie* c. *Procureur général du Québec et Procureur général du Canada*, *supra*, note 13, p. 58.

fondamentales que les attributs de la souveraineté provinciale »[91]. Mais on notera toutefois avec intérêt que tant le juge Deschênes que Paul Gérin-Lajoie ont fait ressortir de cette nature hautement historique de l'article 133 des conséquences à l'égard des modalités de sa modification : l'un pour le soustraire, à tout le moins, aux pouvoirs unilatéraux du Québec et du fédéral, et l'autre pour lui imposer la règle de l'unanimité. En effet, comme nous l'avons déjà vu, c'est avant tout son rôle historique qui a donné à l'article 133 la « transcendance » nécessaire pour échapper aux pouvoirs conférés par les articles 91(1) et 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*[92]. De même, c'est avant tout la nature fondamentale des droits octroyés par l'article 133 qui a fait dire à Paul Gérin-Lajoie, dans le cadre d'une analyse de la situation antérieure à 1982, qu'« [i]l faut considérer le Parlement fédéral absolument incompétent à requérir, sans le consentement unanime des gouvernements provinciaux, un amendement quelconque touchant [ces] [...] droits »[93].

Mais il n'y a pas que le juge Deschênes et Paul Gérin-Lajoie qui aient reconnu l'existence d'un lien entre la nature de l'article 133 et les modalités de sa modification. En effet, l'histoire même des différents projets de réforme constitutionnelle indique clairement que l'article 133 a toujours été considéré d'une importance telle pour le fédéralisme canadien qu'il n'a jamais été prévu qu'il puisse être modifié autrement qu'avec le consentement unanime de tous les gouvernements. Rappelons effectivement que plusieurs tentatives avaient

---

91. P. GÉRIN-LAJOIE, *loc. cit.*, note 45, p. 1154.

92. Voir *Blaikie* c. *Procureur général du Québec et Procureur général du Canada*, *supra*, note 13, particulièrement pp. 52-53. Voir également *Procureur général du Québec* c. *Blaikie*, *supra*, note 22, p. 1025. Notons toutefois que la Cour suprême du Canada a cru être fidèle à la pensée du juge Deschênes en l'interprétant comme suit : « [...] l'art. 133 ne fait pas partie de la constitution de la province au sens du par. 92(1) mais *fait partie indivisiblement de la constitution du Canada et du Québec* [...] ». Nos italiques.

92. Nous ne croyons toutefois pas que cette interprétation ait été fidèle aux propos tenus par le juge Deschênes, lesquels disaient de l'article 133, rappelons-le, qu'il faisait « partie de la constitution du Canada *avant* de faire partie de la constitution du Québec. » (nos italiques) : voir *Blaikie* c. *Procureur général du Québec et Procureur général du Canada*, *supra*, note 13, p. 58. Il nous semble effectivement qu'il faut comprendre l'expression utilisée par le juge Deschênes comme signifiant qu'il importe peu de déterminer si l'« aspect québécois » de l'article 133 fait partie de la constitution du Québec ou non, puisque le fait que ce même aspect fait partie de la Constitution du Canada est de nature, en lui-même, à l'exclure de l'application de l'article 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ainsi envisagée, l'expression « Constitution du Canada » nous semble avoir été prise comme désignant une réalité normative qui englobe celle définie par l'expression « la constitution du Québec », soit cette réalité juridique qu'est l'État canadien. Par contre, l'expression utilisée par la Cour suprême du Canada prête à confusion, en semblant permettre une juxtaposition de la constitution du Canada et de la constitution du Québec. En effet, pareille juxtaposition nous laisse présumer une égalité de niveaux juridictionnels entre les deux « constitutions » et nous amène à croire que l'expression « la constitution du Canada » ne couvre que les seules normes constitutionnelles de l'entité juridique fédérale. Quoi qu'il en soit, il est bien certain que la Cour suprême entendait faire siennes les paroles du juge Deschênes qu'elle avait malheureusement erronément interprétées : voir *Procureur général du Québec* c. *Blaikie*, *supra*, note 22, p. 1025.

93. P. GÉRIN-LAJOIE, *loc. cit.*, note 45, p. 1154.

été faites, à la suite de la déclaration Balfour de 1926, pour trouver des procédures de modification purement canadiennes aux dispositions de la Constitution du Canada dont la modification échappait encore à notre souveraineté. Plusieurs de ces « tentatives » avaient notamment concerné la modification de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Il en a été ainsi de la Conférence fédérale-provinciale de 1927. Lors de la séance du 4 novembre, Ernest Lapointe, alors ministre de la Justice du Canada, avait soumis aux provinces une proposition sommaire de procédures de modification constitutionnelle en vertu de laquelle le consentement de la majorité de celles-ci serait requis pour les modifications ordinaires, alors que pour les modifications essentielles et fondamentales — comme par exemple l'article 133 — le consentement unanime de toutes les provinces serait requis[94].

Les participants à la Conférence n'ont pas tous été d'accord avec cette proposition. Certains l'appuyaient, certes, mais d'autres favorisaient le *statu quo*. Ces derniers, comme l'a rappelé Guy Favreau, « [...] soutenaient que la charte du Canada, venant de Londres, ne devait être modifiée que par Londres et qu'une méthode purement canadienne pourrait rendre les modifications trop faciles à effectuer »[95] risquant ainsi de mettre en péril les pouvoirs, les droits et les prérogatives des provinces. Ces divergences de vue ont finalement fait, on s'en doute bien, qu'il n'a pas été donné suite à cette proposition.

La question de la modification de la Constitution canadienne a refait surface le 28 janvier 1935, alors que la Chambre des communes du Canada adopta une résolution visant à instituer un comité spécial ayant pour mandat d'étudier la meilleure méthode de modifier l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* tout en sauvegardant, notamment, les droits des minorités raciales. Ce comité spécial a entendu plusieurs experts, dont les exposés portaient principalement sur deux questions: la nécessité de modifier l'*A.A.N.B.* et la méthode de modification. Dans son rapport final, le Comité a notamment recommandé qu'une conférence fédérale-provinciale soit convoquée dans les plus brefs délais pour étudier la question des procédures de modification. Le Comité s'était cependant interdit de faire des recommandations quant aux procédures de modification à adopter, « afin de laisser à la conférence projetée la liberté entière d'étudier la question, sauf que le Comité [était] définitivement d'avis que nulle atteinte ne [devrait] être portée aux droits des minorités reconnus et concédés sous le régime des dispositions de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique »[96].

---

94. Voir le sommaire des délibérations de la Conférence fédérale-provinciale de 1927 (Document parlementaire n° 69, 1928) dans G. FAVREAU, *op. cit.*, note 53, p. 18.

95. G. FAVREAU, *ibid.* Également cité dans G. RÉMILLARD, « Historique du rapatriement », (1984) 25 *C. de D.* 15, p. 21.

96. G. FAVREAU, *id.*, p. 20.

C'est en décembre 1935 qu'il a été donné suite aux recommandations du Comité par la tenue, à Ottawa, d'une Conférence fédérale-provinciale. Présidée par le premier ministre Mackenzie King, cette conférence avait porté sur les « amendements à la Constitution et la façon de procéder pour les mettre en vigueur »[97]. La Conférence en était notamment arrivée à la conclusion que la Constitution devait devenir une loi canadienne, mais avait référé à un groupe de fonctionnaires le soin d'établir des procédures de modification constitutionnelle acceptables. C'est sous le nom de « Comité permanent des questions constitutionnelles », que ces fonctionnaires fédéraux et provinciaux se sont réunis au cours de l'hiver 1936.

Un rapport, présenté par l'un des sous-comités de ce « Comité permanent », avait proposé que les dispositions de la Constitution du Canada soient divisées, aux fins de leur modification, en quatre catégories[98]:

a. Les matières qui concernaient le fédéral seulement, soit les dispositions de l'*A.A.N.B.* se rapportant à la charge de gouverneur général, aux charges de lieutenant-gouverneur, à la constitution du conseil privé, à la constitution, la composition et les pouvoirs du Sénat — à l'exception de la représentation des provinces au Sénat —, à la constitution, la composition et les pouvoirs de la Chambre des communes — à l'exception de la représentation aux Communes —, et au Fonds du revenu consolidé; lesquelles pouvaient être modifiées par une simple loi du Parlement du Canada.

b. Les matières qui concernaient le fédéral et une ou plusieurs provinces, mais non la totalité; lesquelles devaient être modifiées par une loi du Parlement fédéral et par l'assentiment, exprimé dans une résolution, de la législature de chaque province intéressée.

c. Les matières qui concernaient le fédéral et toutes les provinces; lesquelles devaient être modifiées par une loi du Parlement du Canada et par l'assentiment, exprimé dans une résolution, des législatures des deux tiers des provinces représentant au moins 55 % de la population canadienne à moins que cette loi ne porte sur des matières relatives aux paragraphes 13 ou 16 de l'article 92 de l'*A.A.N.B. 1867*, dans lesquels cas la législature d'une province pouvait continuer à légiférer exclusivement sur ces matières après avoir exprimé dans une résolution son dissentiment à l'amendement.

---

97. Voir G. RÉMILLARD, *loc. cit.*, note 95, pp. 24-25, citant *Le Devoir*, Montréal, 9 décembre 1935, p. 3.

98. Voir G. FAVREAU, *op. cit.*, note 53, pp. 21-22. Voir également G. RÉMILLARD, *id.*, pp. 25-26.

d. Les droits fondamentaux[99], soit les matières relevant des articles 9 (Reine investie du pouvoir exécutif), 21 (nombre de sénateurs), 22 (représentation des provinces au Sénat), 51 et 51A (représentation aux Communes), 92(4), (5), (8), (12), (14) et (15) (pouvoirs législatifs des provinces), 93 (éducation), et 133 (emploi des langues anglaise et française) de l'*A.A.N.B. (1867)*; ainsi que relevant des dispositions correspondant à l'article 93 de l'*A.A.N.B. (1867)* que l'on retrouve dans l'*Acte du Manitoba de 1870*, l'*Acte de la Saskatchewan de 1905*, et l'*Acte de l'Alberta de 1905*, et celles correspondant à l'article 133 de l'*A.A.N.B. (1867)* que l'on retrouve dans l'*Acte du Manitoba de 1870*. Ces droits fondamentaux devaient être modifiés par une loi du Parlement fédéral et par l'assentiment, exprimé dans une résolution, des législatures de toutes les provinces.

Comme le mentionna Guy Favreau, ces propositions de procédures de modification constitutionnelle furent les premières à affirmer « [...] le concept de « protection » au sujet des dispositions intéressant directement les rapports historiques et constitutionnels fondamentaux entre le gouvernement fédéral et les provinces, les droits des minorités et l'emploi des langues anglaise et française. Ces dispositions furent reconnues comme le fondement du fédéralisme canadien et de l'unité canadienne »[100].

Notons toutefois que bien qu'il n'a pas été donné suite à ces recommandations, il n'en demeure pas moins que celles-ci semblent avoir dégagé les principes essentiels qui ont été discutés lors des conférences constitutionnelles qui ont suivi.

Ainsi, en janvier 1950, s'est ouverte à Ottawa une autre conférence fédérale-provinciale, laquelle s'est d'ailleurs continuée à Québec en septembre de la même année. À la session de janvier, la conférence a créé un comité des procureurs généraux. Ce comité a recommandé que les matières de la Constitution du Canada soient étudiées sous différents chefs[101]:

a. Les dispositions qui concernaient le fédéral seulement; lesquelles pouvaient être modifiées par une simple loi du Parlement du Canada.

b. Les dispositions qui concernaient les provinces seulement; lesquelles pouvaient être modifiées par une simple loi des législatures provinciales.

---

99. Notons que l'on retrouve plutôt dans G. FAVREAU, *id.*, p. 22, l'expression « les dispositions protégées ». Gil Rémillard, quant à lui, a utilisé l'expression « les droits fondamentaux », dans *id.*, p. 26. Nous avons retenu cette dernière expression car elle nous semble avoir le mérite d'expliquer mieux que l'autre la raison même pour laquelle l'unanimité a été proposée pour la modification de ces dispositions: elles sont fondamentales.

100. G. FAVREAU, *id.*, p. 23.

101. Voir *id.*, pp. 24-25. Voir également G. RÉMILLARD, *loc. cit.*, note 95, pp. 35-36.

c. Les dispositions qui intéressaient le fédéral et une ou plusieurs provinces, mais non la totalité; lesquelles devaient être modifiées par une loi du Parlement du Canada et par une loi de la législature de chaque province concernée.

d. Les dispositions qui intéressaient le fédéral et toutes les provinces; lesquelles devaient être modifiées par une loi du Parlement du Canada et par des lois de telle majorité des législatures, et dans telles conditions supplémentaires, s'il y a lieu, dont on pourrait convenir.

e. Les dispositions relatives aux droits fondamentaux (comme, par exemple, mais sans restriction, l'enseignement, la langue, la célébration du mariage, l'administration de la justice, les droits de propriété des provinces dans les terres, les mines et autres ressources naturelles) et les dispositions relatives aux formules de modification elles-mêmes, lesquelles devaient être modifiées par une loi du Parlement du Canada et par une loi des législatures de toutes les provinces.

f. Les dispositions à abroger.

C'est à un comité permanent qu'a été confiée la tâche de classer les articles de la Constitution parmi les diverses catégories déterminées. La classification proposée par ce comité a soulevé de si vives controverses que celles-ci ont fait avorter l'ensemble du projet de réforme constitutionnelle mis en avant par la Conférence de 1950.

Quoi qu'il en fût, il appert que, comme l'affirma le juge Deschênes dans l'arrêt *Blaikie*:

> Le Gouvernement fédéral et ceux des neuf autres provinces tombèrent d'accord que l'article 133 devait entrer dans la cinquième catégorie: celle des droits fondamentaux que seule l'unanimité permettrait de modifier. Mais pour des motifs que le Rapport de la conférence ne révèle pas, Québec hésitait entre les catégories 4 et 5 de sorte que la question dut être ajournée pour plus ample étude.
>
> Il n'en demeure pas moins qu'en 1950 la classification de l'article 133 parmi les droits fondamentaux des habitants du Canada réunissait un large consensus au pays et confirmait la compréhension que l'on se faisait de l'intention des hommes politiques de 1867.[102]
>
> La Cour a déjà démontré, en effet, que tous les gouvernements avaient pris une attitude foncièrement différente, à la même Conférence, vis-à-vis l'article 133: tous, sauf le Québec, le considéraient de droit fondamental, et encore le Québec partageait-il en bonne partie cette même opinion et n'avait jamais suggéré que l'article 133 fût placé dans la même catégorie que l'article 128.[103]

La question de la modification constitutionnelle a été rediscutée à l'occasion d'une conférence des procureurs généraux qui a été tenue en

---

102. *Blaikie et autres* c. *Procureur général du Québec et Procureur général du Canada*, *supra*, note 13, p. 53.

103. *Id.*, p. 58.

octobre et novembre 1960 ainsi qu'en janvier et septembre 1961. L'une des procédures de modification qui avait alors été proposée prévoyait que le Parlement du Canada pourrait édicter des lois abrogeant ou modifiant toute disposition de la Constitution du Canada, aux conditions suivantes[104]:

a. Nulle loi relative aux pouvoirs législatifs des provinces, aux droits ou privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit à la législature ou au gouvernement d'une province, à l'emploi des langues anglaise et française, au droit d'une province à une représentation minimum à la Chambre des Communes non inférieure à sa représentation au Sénat (article 51A) ou à la procédure de modification elle-même, ne devrait entrer en vigueur sans le concours des législatures de toutes les provinces.

b. Nulle loi relative à une ou plusieurs provinces, mais non à toutes, ne devrait entrer en vigueur sans le concours de la législature de chaque province à laquelle la disposition se rapporte.

c. Nulle loi relative à l'éducation ne devrait entrer en vigueur sans le concours des législatures de toutes les provinces autres que Terre-Neuve, et nulle loi relative à l'éducation dans la province de Terre-Neuve ne devrait entrer en vigueur sans le concours de la législature de la province de Terre-Neuve.

d. Nulle loi touchant toute autre disposition de la Constitution ne devrait entrer en vigueur sans le concours des législatures d'au moins les deux tiers des provinces représentant au moins cinquante pour cent de la population.

Cette proposition a été rendue publique par le ministre de la Justice du Canada, E. Davie Fulton, le 1er décembre 1961, et a été consacrée sous le nom de « formule Fulton ». Bien qu'il ait semblé que la grande majorité des participants à la Conférence considérait la formule comme une base acceptable de législation[105], des divergences de vue subsistaient et ont empêché le projet d'être mené à terme. Il semble néanmoins que tout le monde était d'accord pour réserver au consentement unanime des provinces l'altération du droit à l'usage officiel de l'anglais et du français, et que cet accord ait été facile à obtenir.

La question de la modification de notre Constitution a été discutée à nouveau lors de la Conférence inter-provinciale qui a été tenue en Alberta, en août 1964. Les premiers ministres provinciaux ont alors fait « [...] connaître au premier ministre du Canada leur confiance qu'un accord général sur le

104. Voir G. FAVREAU, *op. cit.*, note 53, pp. 28-29. Voir également G. RÉMILLARD, *loc. cit.*, note 95, pp. 40-41.

105. Voir G. FAVREAU, *id.*, p. 29.

rapatriement de la Constitution pourrait être réalisé sur la base de la formule établie par les conférences constitutionnelles de 1960 et 1961 »[106].

Dans le cadre d'une autre conférence fédérale-provinciale, tenue à Charlottetown les 1er et 2 septembre 1964, les premiers ministres canadiens ont également affirmé leur intention « [...] de mettre au point une procédure en vue de modifier la Constitution au Canada en se fondant sur le projet de loi proposé lors de la Conférence de 1961, qu'ils acceptent en principe »[107]. À cette fin, ils ont également convenu qu'une réunion des procureurs généraux du Canada et des provinces soit convoquée, avec le mandat de leur faire rapport.

Les procureurs généraux se sont effectivement réunis à Ottawa en octobre 1964, sous la direction du ministre de la Justice du Canada, le successeur de E.D. Fulton, Guy Favreau. Ils ont alors unanimement accepté la « formule Fulton » telle quelle, sauf quelques modifications d'importance secondaire qui n'en modifiaient aucunement la substance, et sauf l'inclusion d'une catégorie visant les dispositions intéressant uniquement les législatures provinciales et une catégorie visant les dispositions intéressant uniquement le Parlement canadien, lesquelles catégories tombaient bien sûr sous le coup d'un pouvoir de modification conféré exclusivement à l'Assemblée législative concernée.

Comme l'a affirmé Bora Laskin, alors qu'il était professeur de droit :

> The Fulton-Favreau formula is, otherwise, in truth a three-fold formula. It requires unanimity of Canada and the Provinces in some cases; it requires in other cases consent of Canada and of two-thirds of the Provinces representing at least 50 per cent of the population of Canada; and it requires, in a third class of cases, consent of Canada and of the Provinces involved therein, such cases being those where the provisions of the Constitution refer to one or more but not all the Provinces.[108]
>
> [...]
>
> The unanimity requirement applies to more than legislative power. As set out in the draft bill, it is applicable to changes effecting (1) the amending formula itself and, indeed, any part of the draft bill; (2) section 51A of the Constitution guaranteeing no fewer members of the House of Commons to a Province than the number of Senators therefrom; and it then goes on, in section 2, to require unanimity for any law « affecting any provision of the Constitution of Canada relating to (a) the powers of the legislature of a province to make laws; (b) the rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the legislature or the government of a province; (c) the assets or property of a province; (d) the use of the English or French language ». Clause (d) refers, of course, to section 133 of the British North America Act, [...].[109]

On constate donc qu'encore une fois, ce n'était que par une loi fédérale ayant obtenu l'approbation de toutes les provinces qu'une modification

106. *Id.*, p. 30.
107. *Ibid.*
108. Bora LASKIN, « Amendment of the Constitution: Applying the Fulton-Favreau Formula », (1965) 11 *McGill L. J.* 2, p. 5.
109. *Id.*, p. 8.

pouvait être apportée à l'article 133, aux termes de la « formule Fulton-Favreau »[110].

Conformément au mandat qui leur avait été confié, les procureurs généraux ont soumis la « formule Fulton-Favreau » à l'examen des premiers ministres canadiens, toujours dans le cadre de la Conférence fédérale-provinciale de 1964. La Conférence a accepté la formule proposée le 14 octobre 1964. Puis, cette formule a été approuvée par l'assemblée législative de neuf provinces. Cependant, en janvier 1966, le gouvernement du Québec a déclaré qu'il n'en demanderait pas l'approbation à son assemblée législative. Il semble en effet que le premier ministre du Québec de l'époque, Jean Lesage, refusait de souscrire à la formule parce qu'elle « [...] risquait de placer le Québec dans une position trop difficile pour obtenir davantage : il pouvait se heurter aux veto des autres »[111]. On constate toutefois que les objections formulées à l'égard de la « formule Fulton-Favreau » n'avaient absolument rien à voir avec l'application de la règle de l'unanimité quant à la modification de l'article 133, laquelle application avait encore une fois reçu l'approbation de tous.

Il est donc possible de conclure de cette rétrospective que les propositions de réforme constitutionnelle ont, de tout temps, accordé à l'article 133 une importance telle, que le concours unanime des autorités législatives canadiennes a été érigé en véritable règle pour les fins de sa modification.

On remarquera d'ailleurs que l'article 133 est la seule disposition pour la modification de laquelle *tous* les projets de réforme constitutionnelle ont suggéré l'application de la règle de l'unanimité[112]. C'est dire l'extrême importance qu'on lui a toujours reconnue[113].

---

110. L'article 2d) de la « formule Fulton-Favreau », dont on retrouve d'ailleurs le texte à l'annexe 3 de G. FAVREAU, *op. cit.*, note 53, exigeait le concours des législatures de toutes les provinces pour la modification des dispositions de la Constitution du Canada relatives à l'usage de l'anglais ou du français.

111. G.-A. BEAUDOIN, *op. cit.*, note 45, p. 235.

112. Il y a toutefois deux autres sujets pour la modification desquels plusieurs projets de réforme constitutionnelle ont suggéré l'application de la règle de l'unanimité :

— le droit d'une province d'avoir à la Chambre des communes un nombre de députés au moins égal à celui des sénateurs par lesquels elle est habilitée à être représentée (article 51A de la *Loi constitutionnelle de 1867*) : voir les projets de 1935-1936, 1961 et 1964 ;

— les procédures de modification elles-mêmes : voir les projets de 1950, 1961 et 1964.

On notera sans doute avec intérêt que la modification de ces deux derniers sujets est encore soumise à la règle de l'unanimité, en vertu des alinéas b) et e) de l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Nous ne voyons pas pourquoi il n'en serait pas de même pour l'article 133.

113. Cette importance était telle d'ailleurs, qu'on notera avec étonnement que le projet de 1935-1936 avait proposé l'unanimité pour la modification de l'article 133, mais avait laissé au pouvoir unilatéral du fédéral la modification de la « charge du gouverneur général », un sujet maintenant soumis à l'unanimité en vertu de l'article 41a) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Mais on retiendra également de cette étude historique que l'article 133 a toujours été considéré par nos acteurs politiques comme étant indivisible, et que la règle de l'unanimité a été appliquée indistinctement à ses deux parties, fédérale et provinciale, et ce, malgré que sa « partie provinciale » ne concernait techniquement que le Québec[114]. C'est d'ailleurs cette même indivisibilité qui a été reconnue par le juge Deschênes dans l'affaire *Blaikie* et qui a commandé, comme nous l'avons déjà vu, qu'aucune des assemblées législatives impliquées n'ait, à l'égard de l'article 133, un pouvoir que l'autre n'ait pas.

Or, nous ne voyons aucune raison pour laquelle l'adoption de l'article 43b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* nous autoriserait maintenant à diviser l'article 133 et à en considérer chacune des deux parties isolément. N'oublions pas, effectivement, que même dans les propositions de réforme constitutionnelle où une formule avait été proposée pour la modification des dispositions n'intéressant que quelques provinces seulement, il avait été suggéré que l'article 133 soit, dans ses deux aspects, modifié en vertu de la règle de l'unanimité.

Il découle donc de l'indivisibilité de l'article 133 que, même dans le contexte actuel, l'on ne saurait soumettre sa « partie québécoise » à un régime de modification qui serait différent de celui auquel sa « partie fédérale » serait soumise, car toute différence à ce niveau — rendant par exemple la « partie québécoise » modifiable en vertu d'une formule de modification moins exigeante que celle applicable à la « partie fédérale » — irait carrément à l'encontre de la réciprocité qui doit exister entre ces deux parties, et de l'équivalence des pouvoirs de modification fédéral et provincial que cette réciprocité commande.

La notion de l'indivisibilité de l'article 133 vient donc appuyer notre suggestion que sa « partie québécoise » doit, *à l'instar de sa « partie fédérale »*, être modifiée en vertu de l'article 41c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Henri Brun et Guy Tremblay sont cependant arrivés à une conclusion différente dans leur ouvrage intitulé *Droit constitutionnel*, après avoir interprété l'article 43b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* à la lumière de l'article 45 de cette loi. Il faut bien admettre toutefois que ces auteurs n'ont jamais été de chauds partisans de l'indivisibilité de l'article 133[115]. Quoi qu'il en soit,

---

114. Voir, par exemple, B. LASKIN, *loc. cit.*, note 108, p. 14:

> Two other matters excluded from unilateral federal competence are the protection of provincial House representation which cannot be less than the number of Senators from a Province, and the use of English or French. Both of these (sections 51A and 133) are expressly included in the entrenched provisions even though, in terms, Quebec is the only Province concerned as such with section 133.

115. Ils avaient, par exemple, critiqué l'affirmation du juge Deschênes dans l'arrêt *Blaikie* selon laquelle les aspects fédéral et provincial de l'article 133 formaient les deux côtés d'une même médaille, en disant que:

> Cette façon de voir les choses découle logiquement de l'option de base prise au départ par les tenants de l'intangibilité. Elle ne s'impose pas juridiquement, puisque l'article 23

leur interprétation veut que l'article 43 n'ait pour but que de compléter l'article 45[116]. Ainsi interprété, l'article 43 s'appliquerait donc, selon eux, aux « [...] dispositions de la Constitution du Canada qui transcendent le seul intérêt de chaque province concernée et non pas celles qui intéressent exclusivement la constitution interne de la province »[117]. Or, ont-ils par ailleurs rappelé, l'article 133 a déjà été interprété dans l'affaire *Blaikie* comme transcendant le seul intérêt du Québec et comme faisant « [...] partie des conditions de l'union fédérative de 1867 [...] »[118]. Donc, ont-ils conclu, l'article 133 est visé par l'article 43b) en question[119].

Ce raisonnement est certes séduisant de prime abord, mais ne résiste toutefois pas à un examen plus approfondi. Il repose en effet sur le postulat qu'il existe une relation directe entre l'article 43 et l'article 45, et que seul l'article 43 peut accueillir les dispositions qui, parce qu'elles transcendent le seul intérêt de la province concernée, échappent à l'article 45. L'existence d'une relation directe entre l'article 43 et l'article 45 suggère elle-même que les dispositions qui sont susceptibles de tomber sous le couvert de l'article 43 sont celles qui, bien que faisant partie de la constitution de la province, échappent néanmoins à la portée de l'article 45 en ce qu'elles transcendent le seul intérêt de la province concernée[120].

Or, les tribunaux ont interprété l'expression « constitution de la province » comme n'incluant justement pas les dispositions qui transcendent le seul intérêt de la province[121]. Il est donc contradictoire de prétendre qu'une disposition de la constitution de la province puisse transcender le seul intérêt de la province concernée: ou une disposition fait partie de la constitution de la province et alors tombe sous la compétence unilatérale conférée aux

---

de l'*Acte du Manitoba* constitue justement le résultat de la division de l'article 133 de l'A.A.N.B. pour les fins du Manitoba.

Voir H. BRUN et G. TREMBLAY, « Les langues officielles au Canada », (1979) 20 *C. de D.* 69, p. 77.

116. Henri BRUN et Guy TREMBLAY ont affirmé, *op. cit.*, note 43, p. 217, que l'article 43b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* constituait une exception à la compétence constitutionnelle que l'article 45 confère aux législatures provinciales. On peut retrouver un raisonnement similaire développé par P.W. HOGG, *op. cit.*, note 63, pp. 95-97. Guy TREMBLAY a eu l'occasion de préciser davantage cette affirmation dans « La procédure de modification de la Constitution du Canada et ses puzzles », (1983) 43 *R. du B.* 1151. En effet, il a écrit, à la page 1155, que « [...] l'article 43 n'aurait qu'une portée supplétive par rapport à l'article 45, celui-ci demeurant la règle ».

117. H. BRUN et G. TREMBLAY, *id.*, p. 229.

118. *Id.*, p. 218.

119. *Id.*, p. 217 et p. 228. Voir également Guy TREMBLAY, *loc. cit.*, note 116, pp. 1155-1156.

120. Rappelons à cet égard les propos tenus par Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *id.*, p. 218, alors qu'ils parlaient de l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982* : « [L]es éléments [de la constitution interne de la province] qui seraient jugés être des conditions fondamentales de l'union fédérative échapperaient au pouvoir constituant provincial ».

121. Voir les arrêts rendus à l'occasion de l'affaire *Blaikie*, arrêts dont nous avons d'ailleurs déjà discuté.

provinces par l'article 45, ou elle n'en fait pas partie, parce qu'elle transcende par exemple le seul intérêt de cette province, et est alors susceptible de voir sa modification être régie par l'une des autres formules instaurées par la *Loi constitutionnelle de 1982*. La notion de « dispositions applicables à certaines provinces seulement » se doit donc de référer, dans le contexte de la *Loi constitutionnelle de 1982*, à une réalité différente de celle exprimée par l'expression « constitution de la province ». C'est sûrement d'ailleurs ce qui explique que l'article 43, par l'emploi qu'il fait de la négation « [...] ne [...] que [...] », ne semble pas avoir prévu qu'une autre procédure, comme par exemple celle établie par l'article 45, puisse être appliquée aux dispositions qu'il vise.

De plus, en n'accordant à l'article 43b) qu'une portée supplétive par rapport à l'article 45, ce raisonnement se trouve à donner à ce dernier article l'ampleur d'une véritable règle générale. Or il nous semble que par l'usage qu'il fait de l'expression « constitution de la province », une expression déjà interprétée restrictivement par les tribunaux — comme nous l'avons déjà vu —, l'article 45 contient en lui-même ses propres limites. Point n'est donc besoin de recourir à des sources extérieures pour en circonscrire la portée. Sans compter qu'à notre avis, seul l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982* peut prétendre avoir, dans tout le régime établi par cette loi, une portée générale ou résiduaire.

Tout nous autorise donc à croire que, contrairement à ce qu'affirment Henri Brun et Guy Tremblay, il n'existe pas de relation directe entre l'article 43 et l'article 45. En fait, s'il est une disposition qui, dans tout le régime de modification instauré par la *Loi constitutionnelle de 1982*, peut à notre avis prétendre compléter l'article 45, c'est bien plutôt l'article 41a) en ce qui concerne la « charge de lieutenant-gouverneur »[122].

Nous sommes donc d'avis que l'article 43b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* doit plutôt être lu en conjonction avec l'article 41c) de cette loi[123]. Ainsi interprété, l'article 43b) s'appliquerait donc aux dispositions qui ne font pas partie de la « constitution de la province », au sens strict que les tribunaux ont déjà donné à cette expression, mais qui ne sont néanmoins applicables, *tant dans leur esprit que dans leur libellé*, qu'à une ou à quelques provinces. Quant à l'article 41c), il s'appliquerait lui aussi aux dispositions qui ne font pas partie de la constitution de la province, mais viserait plus particulièrement celles de ces dispositions qui intéressent, *dans leur libellé ou dans leur esprit*, l'ensemble du Canada.

Nous constatons donc qu'à partir de la même prémisse que celle de Henri Brun et Guy Tremblay, à savoir que l'article 133 échappe au seul intérêt du Québec parce qu'il fait partie des conditions de notre union fédérative, nous parvenons à un résultat différent. Cela tient, croyons-nous, au fait que

---

122. Remarquons d'ailleurs que l'article 45 dit s'appliquer « sous réserve de l'article 41 », mais ne dit toutefois pas s'appliquer sous réserve de l'article 43.

123. L'article 41c) dit d'ailleurs s'appliquer sous réserve de l'article 43b).

nous avons poussé le raisonnement jusqu'à ses dernières limites et avons cherché à savoir si la « partie provinciale » de l'article 133 ne transcendait pas le seul intérêt du Québec et ne faisait pas partie des conditions de notre union fédérative à un point tel, qu'elle ne pouvait être considérée comme étant applicable au Québec seulement, au sens de l'article 43b), mais devait plutôt être considérée comme étant applicable à l'ensemble du Canada, relevant de ce fait de l'article 41c).

Nous nous réjouissons toutefois que Henri Brun et Guy Tremblay, en adoptant le critère de la transcendance pour faire échapper l'article 133 à la portée de l'article 45 et le faire plutôt tomber sous celle de l'article 43, aient en quelque sorte eux aussi reconnu l'existence d'un lien entre l'esprit de l'article 133 et les modalités de sa modification. En effet, c'est en établissant un lien entre le fait que l'article 133 est intimement lié aux conditions les plus fondamentales de notre fédéralisme et les modalités de sa modification, que nous sommes justement parvenus à la conclusion qu'il ne devrait être, tant dans sa partie provinciale que dans sa partie fédérale, modifié que conformément aux dispositions de l'article 41c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Toutefois, s'il sera impossible pour le Parlement fédéral ou la législature québécoise de modifier l'article 133 autrement qu'en respectant la règle de l'unanimité, nous croyons qu'il leur sera toutefois possible d'ajouter au régime de bilinguisme instauré par cet article. Nous avons déjà vu, en effet, qu'il était possible pour le Parlement canadien et la législature québécoise, avant le rapatriement de la Constitution canadienne, d'accorder une meilleure protection aux droits linguistiques, en adoptant unilatéralement des dispositions purement législatives ayant pour effet d'ajouter au régime de bilinguisme instauré par l'article 133. Or, la *Loi constitutionnelle de 1982* n'ayant en rien modifié le libellé de l'article 133, nous ne voyons aucune raison pour laquelle il ne continuerait pas à n'avoir qu'une portée minimale. Ainsi, selon nous, même après la *Loi constitutionnelle de 1982*, le principe déjà développé par les tribunaux selon lequel il est impossible d'opérer une modification constitutionnelle par le seul biais de l'interprétation judiciaire continue de trouver application.

Tout empiétement sur l'article 133[124], de même que toute progression qui ne résulterait pas d'une interprétation raisonnable du libellé même de cet article [125], appartient donc au processus politique, dans la mesure toutefois, bien sûr, où les procédures constitutionnelles applicables sont

---

124. Comme devaient l'affirmer les juges majoritaires dans *R.* c. *Mercure*, *supra*, note 6, p. 269, alors qu'ils parlaient, sous la plume du juge La Forest, des droits linguistiques en général: « Tout empiétement sur ceux-ci doit être réservé au pouvoir législatif ».

125. Voir le jugement rendu par le juge Deschênes dans l'arrêt *Blaikie et autres* c. *Procureur général du Québec et Procureur général du Canada*, *supra*, note 13, p. 58: « Rien ne justifierait la Cour de forcer les textes afin d'en extraire une signification que les rédacteurs n'ont jamais voulu leur donner ».

strictement respectées. Mais, au fait, en sera-t-il ainsi pour l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba ?*

II. LES MODALITÉS DE LA MODIFICATION DE L'ARTICLE 23 DE LA *LOI DE 1870 SUR LE MANITOBA*

L'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* accorde à tous les Manitobains le droit à l'usage de l'anglais ou du français dans les corps législatifs, les lois et les tribunaux de la province. En cela peut-on dire de l'article 23 qu'il est, plus spécifiquement, une manifestation du droit général qu'ont les Franco-manitobains de s'exprimer dans leur propre langue[126]. Voilà sans doute ce qui a fait dire à la Cour suprême du Canada, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, que l'article 23 est, pour la minorité franco-manitobaine, à l'instar de ce qu'est l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour les Anglo-québécois, une garantie fondamentale enchâssée dans la Constitution[127].

Mais est-ce là que doit s'arrêter le parallèle entre l'article 23 et l'article 133? La nature fondamentale de l'article 23 n'a-t-elle pas été, et n'est-elle pas encore, en mesure d'influencer, comme c'était le cas pour l'article 133, les modalités de sa modification?

A. LA MODIFICATION DE L'ARTICLE 23 AVANT LA *LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1982*

La *Loi de 1870 sur le Manitoba*, — parce qu'elle donnait à cette province la même organisation de gouvernement responsable que celle des provinces plus anciennes, parce qu'elle dotait la législature provinciale d'un conseil législatif, parce qu'elle garantissait les droits et privilèges scolaires existants des minorités protestante et catholique et, bien sûr, parce qu'elle protégeait l'usage de l'anglais et du français à la législature et devant les tribunaux de la province —, n'a fait ni plus ni moins, comme l'a affirmé Mason Wade, qu'instaurer un nouveau Québec dans l'Ouest[128]. Mais comme l'a rappelé également Gérald-A. Beaudoin, les destins linguistiques du Québec et du Manitoba, bien qu'initialement envisagés comme semblables en principe, ont pourtant été bien différents dans les faits[129]. Il appert en effet que, dès qu'ils ont constitué une majorité au Manitoba, les anglophones se sont attaqués

126. Voir le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 744.

127. Voir *id.*, p. 739.

128. M. WADE, *Les Canadiens français de 1760 à nos jours*, Tome I, Ottawa, Le Cercle du Livre de France, 1963, p. 441.

129. Voir G.-A. BEAUDOIN, *op. cit.*, note 45, p. 467.

aux droits des francophones, notamment en abrogeant la protection constitutionnelle conférée à l'usage du français dans la province.

Mais la législature manitobaine pouvait-elle ainsi modifier les dispositions linguistiques de sa loi constitutive, par voie législative ordinaire, en vertu de l'article 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou devait-on plutôt, en l'absence de pouvoirs canadiens applicables, recourir à Londres afin que soient apportées de telles modifications?

1. L'article 23 et le pouvoir unilatéral de modification conféré au Manitoba par l'article 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*

L'instauration du bilinguisme ne devait pas jouir d'un grand succès au Manitoba. Ainsi, en 1890, durant une vague de sentiments anti-français, la législature manitobaine avait voté l'« *Official Language Act* »[130] qui avait eu pour objet l'abrogation de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et qui avait cherché à faire de l'anglais la seule langue officielle des tribunaux et de la législature de la province. Dès l'adoption de l'« *Official Language Act* », la province du Manitoba avait cessé de publier les versions françaises des lois, ainsi que des archives, procès-verbaux et journaux de l'assemblée législative.

Inutile donc de mentionner que, les dispositions de l'article 23 ayant une pleine valeur constitutionnelle, la question de la validité de l'« *Official Language Act* », une loi ordinaire entrant en conflit avec l'article 23 en question, a été portée devant les tribunaux. Comment, en effet, une législature provinciale pouvait-elle ainsi invalider une loi du Parlement canadien, d'ailleurs confirmée par le Parlement anglais et enchâssée dans la Constitution canadienne?

Pour les tenants de la validité de l'« *Official Language Act* », cette loi, bien qu'incompatible avec l'article 23, devait quand même être déclarée constitutionnelle parce qu'édictée en vertu du pouvoir de modification conféré aux législatures provinciales par l'article 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*[131].

Malgré les doutes sérieux qui avaient toujours existé quant à la validité de cette loi, il a fallu attendre plus de quatre-vingt-dix ans après son adoption pour que la question soit tranchée par la Cour suprême du Canada. Il y avait certes eu les décisions rendues par la Cour de comté de Saint-Boniface

130. *An Act to Provide that the English Language shall be the Official Language of the Province of Manitoba*, S.M. 1890 (Man.), c. 14 (devenu R.S.M. 1970, c. 010) et maintenant abrogé. Nous retrouvons dans *Procureur général du Manitoba* c. *Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032, p. 1035, une traduction non officielle de cette loi.

131. C'est l'article 2 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* - 1870, 33 Vict., c. 3 (Canada); Lois révisées du Canada (1985), Appendices, app. n° 8, p. 2 - qui rend l'article 92(1) applicable à cette province.

dans les affaires *Pellant* c. *Hébert*[132] et *Bertrand* c. *Dussault*[133] en 1892 et en 1909 respectivement, mais ces décisions étaient demeurées sans lendemain ainsi que l'a rappelé la Cour suprême du Canada dans l'étude qu'elle a faite de l'histoire des contestations judiciaires de la législation du Manitoba en matière linguistique, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*[134]. Ce long délai semble s'expliquer par une réticence à contester la Loi de 1890, réticence causée par le fait que la situation linguistique des francophones au Manitoba était déjà précaire à cause des sentiments anti-français de l'époque. Par conséquent, tous les efforts avaient été concentrés sur la survie des droits à l'instruction catholique[135].

C'est donc en 1979 que la question de la constitutionnalité de l'« *Official Language Act* » a été soumise pour la première fois à la Cour suprême du Canada, à l'occasion de l'affaire *Procureur général du Manitoba* c. *Forest*. La Cour suprême a alors affirmé que, bien que l'*Acte du Manitoba* en son entier soit la constitution de la province du Manitoba,

> [...] il est évident qu'on n'a pas voulu que le pouvoir de modification conféré par le par. 92(1) s'applique à l'ensemble de cette loi, pas plus qu'on n'a voulu que toutes les dispositions de l'*A.A.N.B.* touchant la constitution des provinces dans ce sens large y soient soumises.[136]

Après avoir reconnu qu'il y avait un conflit « évident » entre les dispositions de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et celles de l'« *Official Language Act* », la Cour suprême a appliqué l'arrêt *Blaikie* au cas de l'article 23 et a ainsi déclaré l'« *Official Language Act* » inopérant dans la mesure où il constituait une abrogation indirecte de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, confirmant ainsi l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba dont pourvoi était interjeté[137]. Comme l'a affirmé la Cour:

> En Cour supérieure, le juge en chef Deschênes a conclu, comme l'a mentionné le juge en chef Freedman en l'espèce, que l'expression « la constitution de la province » ne s'étend pas aux droits linguistiques visés à l'art. 133 de l'*A.A.N.B.* La Cour d'appel du Québec a confirmé à l'unanimité cette conclusion, que

---

132. Le juge Prud'homme y avait émis l'opinion que « le c. 14, 53 Vict., était *ultra vires* de la législature du Manitoba et que la clause 23 de l'*Acte du Manitoba* ne pouvait être changée et encore moins abrogée par la législature de cette province ». Cette décision n'avait fait l'objet d'aucun appel. Elle n'avait d'ailleurs été publiée, à l'origine, que dans *Le Manitoba*, un quotidien de langue française. On peut maintenant la retrouver citée intégralement par J.E. MAGNET dans « Court Ordered Bilingualism », (1981) 12 *R.G.D.* 237, pp. 242-244.

133. C'était encore une fois le juge Prud'homme qui avait rendu jugement, le 30 janvier 1909, et qui avait déclaré l'inconstitutionnalité de la Loi de 1890. Cette décision n'avait fait l'objet d'aucun appel. Elle n'avait pas non plus été publiée à l'origine. On la retrouve maintenant reproduite dans *Forest* c. *Registrar of Court of appeal of Manitoba*, [1977] 5 W.W.R. 347, pp. 361-366.

134. Voir *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, *supra*, note 126, pp. 732-735.

135. Voir *Forest* c. *A.G. Manitoba and A.G. Canada*, [1979] 4 W.W.R. 229, p. 246.

136. *Procureur général du Manitoba* c. *Forest*, *supra*, note 130, p. 1038.

137. Voir *Forest* c. *A.G. Manitoba and A.G. Canada*, *supra*, note 135.

> maintient l'arrêt déposé aujourd'hui sur le pourvoi formé devant la présente Cour. Vu l'étroite ressemblance signalée par le juge en chef Freedman entre l'art. 23 de l'*Acte du Manitoba* et l'art. 133 considéré sous son aspect provincial, il n'est pas nécessaire de s'attarder aux motifs pour lesquels on ne doit pas considérer cette dernière disposition comme une partie de « la constitution de la province » au sens du par. 92(1).[138]

À la lumière de ce dernier passage, il nous semble donc que c'est avant tout sur la similitude qui existait entre le texte de l'article 23 et celui de l'article 133 que la Cour s'est reposée pour appliquer au Manitoba le même régime de modification constitutionnelle que celui appliqué au Québec et, plus particulièrement, pour faire en sorte que le Manitoba n'ait pas « à l'égard de l'art. 23 de l'*Acte du Manitoba* un pouvoir de modification que le Québec n'a pas à l'égard de l'art. 133 »[139].

C'est probablement d'ailleurs cette même similitude, ainsi que le fait que les articles 133 et 23 avaient tous deux une nature constitutionnelle, qui a fait dire au juge Freedman, dans la décision qui a été rendue par la Cour d'appel du Manitoba, que l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* n'était qu'une reproduction, *mutatis mutandis*, de l'article 133[140].

Permettons-nous toutefois de douter que la seule similitude des articles 133 et 23 et que le seul fait que ces deux dispositions soient d'ordre constitutionnel aient pu suffire, en eux-mêmes, à soustraire l'article 23 du pouvoir de modification unilatéral accordé au Manitoba par l'article 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*[141]. N'oublions pas effectivement que c'était avant tout par son intangibilité que l'article 133 a pu échapper au pouvoir de modification conféré par l'article 92(1). Mais n'oublions pas également que c'est parce qu'il devait historiquement protéger chacun des deux groupes fondateurs de l'empiétement et de la domination de l'autre que l'article 133 s'est vu reconnaître ce caractère d'intangibilité. Il nous faut donc nous demander si, au-delà de la similitude de leurs textes, les articles 23 et 133 ne se ressembleraient pas également par un même souci de protection de l'un des deux groupes fondateurs contre l'intervention législative de l'autre. C'est encore une fois l'histoire qui nous apporte une réponse.

---

138. *Procureur général du Manitoba* c. *Forest*, *supra*, note 130, p. 1036.

139. *Id.*, p. 1039. Voir également le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, *supra*, note 126, p. 730.

140. Voir *Forest* c. *A.G. of Manitoba and A.G. of Canada*, *supra*, note 135, p. 238.

141. Il ressort, par exemple, de l'arrêt *R.* c. *Mercure*, *supra*, note 6, que deux dispositions peuvent se ressembler dans leur libellé et avoir toutes deux une nature constitutionnelle, tout en étant toutefois soumises à des régimes de modification différents. La Cour suprême y avait en effet suggéré, rappelons-le, que le choix d'une procédure de modification plutôt qu'une autre, dépend de l'historique législatif propre à chaque disposition. Ainsi, toujours dans cet arrêt, l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*, bien qu'il ressemblait notamment à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et bien qu'il avait, à l'instar de ce dernier article, une nature constitutionnelle, a néanmoins été soumis à un régime de modification bien différent de celui appliqué à l'article 133 en question.

En effet, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, la Cour suprême du Canada a affirmé:

> L'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* fut l'aboutissement de nombreuses années de coexistence et de luttes entre les Anglais, les Français et les Métis dans la colonie de la rivière Rouge qui est à l'origine de la province actuelle du Manitoba.[142]

Il appert effectivement que le territoire qui fait aujourd'hui partie de la province du Manitoba a été revendiqué par l'Angleterre pendant presque deux cents ans avant son entrée dans la fédération canadienne, et a été administré par une compagnie anglaise, la Compagnie de la Baie d'Hudson, en vertu de la charte royale par laquelle elle avait été incorporée en 1670. Ce territoire portait alors le nom d'« Assiniboia » et faisait partie d'un très vaste ensemble de territoires appelé « Terre de Rupert », également possession de la Compagnie de la Baie d'Hudson, et à l'origine de plusieurs des provinces des prairies actuelles. L'autorité suprême dans ces territoires était constituée d'un gouverneur assisté d'un conseil, tous ces officiers étant nommés par la Compagnie de la Baie d'Hudson et jouissant de pouvoirs accordés par cette dernière.

Comme nous l'a rappelé Claude-Armand Sheppard, dans la Terre de Rupert, les ordonnances et avis des gouverneurs nommés par la Compagnie de la Baie d'Hudson étaient publiés en anglais seulement de 1670 à 1811[143]. Quant à la justice, dont la charte royale de la Compagnie de la Baie d'Hudson disait qu'elle devait être administrée conformément aux lois de l'Empire britannique, elle était effectivement administrée en anglais seulement, sous réserve peut-être de la courte période au cours de laquelle Sheppard affirme qu'il y a eu un « bilinguisme indirect »[144].

Après 1811, la Compagnie de la Baie d'Hudson a confié au comte de Selkirk le contrôle d'une grande étendue de terres longeant les rivières Rouge et Assiniboine, afin qu'il y applique, pour le plus grand bénéfice de la compagnie, ses projets de colonisation. C'est alors qu'une petite colonie s'est développée dans ce territoire, portant le nom de colonie de la rivière Rouge. Sous Selkirk, l'administration de la colonie était laissée aux soins d'un gouverneur et d'un conseil constitué de membres unilingues anglophones. Inutile de mentionner que les résolutions du Conseil n'étaient rédigées qu'en anglais et que les délibérations n'y étaient tenues qu'en cette langue. Dans le domaine judiciaire également, il semble bien que, comme l'a affirmé Sheppard, le français n'ait eu aucune place[145].

Il faut toutefois comprendre qu'à cette époque les deux tiers de la population de la colonie étaient composés d'anglophones. Quant à l'autre

142. *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, *supra*, note 126, p. 731.
143. C.-A. SHEPPARD, *loc. cit.*, note 60, p. 72.
144. *Ibid.*
145. Voir *id.*, p. 74.

tiers, il se composait de Suisses allemands, anciens combattants de la guerre de 1812, et de francophones. Cette situation s'est poursuivie jusqu'en 1835, année où la Compagnie de la Baie d'Hudson a récupéré le plein contrôle des territoires concernés. Le Conseil a alors été réorganisé de façon à ce qu'y soit permise une représentation locale. Cette réorganisation coïncidait avec une augmentation fort importante des Métis dans la colonie. Nombre de ces Métis ayant été d'expression française, il en a ainsi résulté une augmentation considérable des francophones, si considérable même que ces derniers en sont venus à constituer à peu près la moitié de la colonie[146].

C'est ce qui explique qu'une certaine mesure de bilinguisme y eut graduellement[147] droit de cité dans l'administration de la justice, la publication des résolutions du Conseil et les délibérations du Conseil, tant et si bien que le français en était venu à bénéficier d'un respect fort appréciable dans la colonie.

Mais, pendant ce temps, le petit monde isolé de la rivière Rouge était peu à peu entraîné dans la vie du continent. On raconte effectivement que, lorsque le projet fédératif a été discuté au Canada-Uni, la colonie de la rivière Rouge est alors devenue le point de mire des principaux promoteurs de l'expansionnisme canadien, ce qui a donné lieu à une véritable lutte entre le Canada et la Compagnie de la Baie d'Hudson pour le contrôle du territoire. La lutte s'est terminée par une victoire du Canada et par l'adoption par le Parlement britannique d'une loi permettant l'admission de la Terre de Rupert et des Territoires du Nord-Ouest dans la fédération canadienne nouvellement créée[148]. Une loi du Parlement du Canada, votée en juin 1869, sans que la population de la rivière Rouge soit consultée, établit un gouvernement provisoire pour assurer la bonne conduite de la transition entre l'ancienne administration locale et la nouvelle autorité[149]. Ce gouvernement était constitué du lieutenant-gouverneur William McDougall, déjà impopulaire dans la colonie à cause de ses sentiments francophobes et anti-catholiques, assisté d'un conseil constitué presque exclusivement d'Anglo-Saxons protestants.

---

146. La Cour suprême du Canada a affirmé dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, *supra*, note 126, p. 731 : « [...] la colonie de la rivière Rouge fut, pendant une bonne partie de ses années d'existence avant la Confédération, habitée dans des proportions à peu près égales par des anglophones et des francophones ».

147. Voir *R.* c. *Mercure*, *supra*, note 6, où, à la page 249, le juge La Forest s'est référé à Claude-Armand Sheppard pour affirmer que « [v]ers 1835, le conseil d'Assiniboia a commencé à publier ses résolutions en les lisant à haute voix en français et en anglais » ; et où il s'est également référé à Mason Wade pour affirmer que « vers 1855 la représentation locale au conseil était à peu près égale entre les francophones et les anglophones ».

148. *Rupert's Land Act, 1868*, 31-32 Vict., c.105 (U.-K.). On peut retrouver une version française de cette loi, portant le titre abrégé *Acte de la Terre de Rupert, 1868*, dans : Statuts du Canada, 32-33 Vict., 1869, c. 105.

149. Il s'agit de l'*Acte concernant le gouvernement provisoire de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest après que ces territoires auront été unis au Canada*, Statuts du Canada, 32-33 Vict., 1869, c. 3.

Inutile de mentionner que tous ces changements ont été très mal accueillis par les Métis de la colonie de la rivière Rouge qui, chasseurs et trappeurs semi-nomades pour la plupart, les percevaient comme un moyen de favoriser le peuplement de l'Ouest par des colons venus de l'Est et, conséquemment, craignaient qu'il n'en résulte un trop important défrichement de leur territoire et, ainsi, un changement de leur mode de vie. Sans compter que, pour les Métis d'expression française et de religion catholique, s'ajoutait la crainte que ces colons soient massivement anglophones et protestants, constituant ainsi une menace à leur identité linguistique et religieuse. De plus, les Métis étaient fâchés du fait qu'ils n'avaient pas été appelés à participer aux négociations ayant entouré le transfert de leur territoire, de la Compagnie de la Baie d'Hudson au Canada, ainsi que du fait qu'ils n'avaient pas été consultés au sujet de la création et de la constitution du gouvernement provisoire.

Ces craintes et frustrations des Métis ont fini par se manifester sous la forme d'une véritable rébellion. C'est alors que Louis Riel a lancé un appel à l'union des diverses paroisses de la colonie pour faire front commun contre la menace canadienne, et a amené les Métis, francophones et anglophones, à créer leur propre gouvernement provisoire.

Le 1er décembre 1869, le gouvernement provisoire a proclamé une liste de quatorze droits considérés, par les Métis, comme étant les conditions essentielles à l'adhésion de leur territoire au fédéralisme canadien. Parmi ces droits, notons particulièrement ceux qui avaient ou pouvaient avoir pour objet l'usage de l'anglais ou du français:

> 10. That the English and French languages be common in the Legislature and Courts, and that all public documents and Acts of the Legislature be published in both languages.
>
> 11. That the Judge of the Supreme Court speak the English and French languages.
>
> 14. That all privileges, customs, and usages existing at the time of the transfer, be respected.[150]

Cette séance du 1er décembre 1869 devait toutefois être la dernière. En effet, les Métis francophones et anglophones s'étaient divisés sur la question controversée de l'entrée de McDougall dans la colonie. Cette division avait été telle qu'elle avait entraîné la dissolution du gouvernement provisoire en question.

Mais Riel n'avait rien perdu de ce désir qu'il avait toujours eu d'unir les Métis francophones et anglophones, et avait continué de faire

150. Voir H. BOSWFIELD, *Louis Riel, Rebel of the Western Frontier or Victim of Politics and Prejudice?*, Issues in Canadian History, Toronto, The Copp Clark Publishing Company, 1969, pp. 56-57. Notons d'ailleurs que, comme l'a affirmé Hartwell Bowsfield à la page 56, la liste des droits contenait la mention suivante: « All the above articles have been severally discussed and adopted by the French and English Representatives without a dissenting voice, as the conditions upon which the people of Rupert's Land enter into confederation ».

d'importants efforts en ce sens. Le projet de Riel s'est réalisé le 25 janvier 1870, alors qu'a été tenue la première séance d'une nouvelle assemblée constituée de vingt Métis anglophones et de vingt Métis francophones. Dès le 27 janvier 1870, l'Assemblée a créé un comité ayant pour mandat d'établir une liste des droits que les Métis considéraient comme étant essentiels à l'établissement de tout gouvernement sur leur territoire. Cette liste, dans sa rédaction finale adoptée par l'Assemblée à la fin du mois de février 1870, contenait notamment une clause prévoyant que « the French and English languages [...] be common in the local legislature and courts »[151]. Un peu plus tard, l'assemblée a nommé une délégation de trois hommes pour se rendre à Ottawa afin de parvenir à une entente entre les Métis et le Canada « on the terms for a peaceful entry of the country into the Dominion »[152].

Ces négociations se sont conclues par l'inclusion de plusieurs des droits revendiqués par les Métis, dans ce qui allait devenir la loi constitutive de la nouvelle province du Manitoba: La *Loi de 1870 sur le Manitoba*[153]. Parmi ces droits, notons bien sûr ceux inscrits dans la clause 10 de la liste des droits du 1er décembre 1869. Il appert en effet que cette clause avait été, comme l'a affirmé la Cour suprême du Canada, remaniée par les conseillers juridiques de Sa Majesté à Ottawa, pour finalement devenir l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*[154].

---

151. A.S. MORTON, *A History of the Canadian West to 1870-71*, 2nd edition, Toronto, University of Toronto Press, 1973, p. 903.

152. Voir *ibid.*

153. 1870, 33 Vict., c. 3 (Canada). À l'origine, cette loi portait le nom suivant: *Acte pour amender et continuer l'acte trente-deux et trente-trois Victoria, chapitre trois, et pour établir et constituer le gouvernement de la province de Manitoba*. En 1982, lors du rapatriement de la constitution, ce nom a été actualisé pour devenir désormais la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Notons simplement que la Terre de Rupert a été admise dans la fédération canadienne le 23 juin 1870 par arrêté en conseil impérial adopté en vertu de l'article 146 de la *Loi constitutionnelle de 1867*: *Arrêté en conseil de Sa Majesté admettant la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest*; maintenant appelé *Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest* (voir L.R.C. (1985), Appendices, app. n° 9). La *Loi de 1870 sur le Manitoba*, qui a créé cette dernière province à partir de la Terre de Rupert, était une loi fédérale. Elle a reçu la sanction royale le 12 mai 1870 et est entrée en vigueur le 15 juillet 1870. Elle a été ratifiée rétroactivement par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1871, 34-35 Vict., c. 28 (R.U.), maintenant devenu la *Loi constitutionnelle de 1871* (L.R.C. (1985), Appendices, app. n° 11). On peut retrouver un bref exposé des motifs ayant amené cette ratification dans *R.* c. *Mercure*, *supra*, note 6, pp. 249-250.

154. Parlant des clauses 10 et 11 de la liste des droits du 1er décembre 1869, la Cour suprême du Canada a affirmé, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, *supra*, note 126, pp. 731-732:

> Ces clauses furent remaniées par les conseillers juridiques de Sa Majesté à Ottawa et incluses dans un projet de loi déposé au Parlement. Le projet de loi fut adopté par le Parlement sans opposition ni d'un côté ni de l'autre de la Chambre. Ces clauses sont devenues l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*.

Il nous semble toutefois plus exact d'affirmer, à l'instar de C.A. SHEPPARD, *op. cit.*, note 60, p. 77, que seule la clause 10 a été incorporée dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba*.

Bien sûr, la *Loi de 1870 sur le Manitoba* contenait, à l'égard des revendications des Métis, des lacunes fort importantes. Il n'en demeurait pas moins, toutefois, que, comme l'a affirmé Gerald Friesen:

> Despite [...] considerable failures, the demands of the colony had been heard and an agreement quite unlike the federal government's original intentions had been won. Even with the considerable omissions, [...], it was an acceptable deal. The results were greeted with relief in Red River and accepted without dissent by the provisional government.[155]

Nous remarquons donc que le but poursuivi par l'adoption de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* était d'apaiser les craintes des Métis (surtout les Métis francophones), afin de gagner leur adhésion au fédéralisme canadien. Nous remarquons également que le mécanisme par lequel ce but a été atteint était la reconnaissance de l'égalité des langues française et anglaise dans certaines activités législatives et judiciaires dans la province[156]. La tentation est grande dès lors d'établir un parallèle entre la protection accordée par l'article 23 aux francophones du Manitoba et celle accordée par l'article 133 aux anglophones du Québec. Nous avons déjà vu, en effet, que le but de l'adoption de l'aspect québécois de l'article 133 était de protéger la minorité anglophone de la domination de la majorité francophone de la province de Québec. Or, il appert que, bien que les francophones constituaient encore près de la moitié de la population de la colonie de la rivière Rouge vers 1870, les craintes qu'ils avaient déjà exprimées quant à la survie de leur langue une fois la colonie intégrée au fédéralisme canadien se sont avérées prophétiques, puisqu'ils ne sont devenus qu'une petite minorité dès les premières années qui ont suivi. En cela, nous pouvons donc affirmer que non seulement l'article 23 ressemble à l'article 133 dans son libellé même, mais qu'il le rejoint également dans son esprit[157].

---

155. G. FRIESEN, *The Canadian Prairies*, Toronto, University of Toronto Press, 1984, p. 126.

156. Voir la décision de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, *supra*, note 126, p. 739:

> [...] il suffit simplement de considérer l'objet de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui est d'assurer aux francophones et aux anglophones l'accès égal aux corps législatifs, aux lois et aux tribunaux.

Voir également, p. 744: «Cette obligation a pour effet de protéger les droits fondamentaux de tous les Manitobains à l'égalité de l'accès à la loi dans l'une ou l'autre des langues française ou anglaise».

157. Voir *Forest* c. *A. G. of Manitoba and A.G. of Canada*, *supra*, note 135 où, à la page 238, le juge Freedman a déclaré, au sujet de son affirmation à l'effet que l'article 23 ne constituait qu'une reproduction *mutatis mutandis* de l'article 133, que:

> That conclusion flows inevitably from the similarity of language of the two sections. It is supported as well by their similarity of purpose, namely, the protection of minorities with regard to language rights. In Quebec, it would primarily be the English-speaking persons who would need this protection; in Manitoba, it would be the French-speaking persons.

En conséquence, il nous semble que, à l'instar de ce qui a été dit au sujet de l'article 133, le fait de permettre à la législature du Manitoba de modifier unilatéralement l'article 23 serait allé à l'encontre de cette intention de protéger le groupe francophone, qui était à l'origine de son adoption même. C'est donc avec raison, selon nous, que la Cour suprême a affirmé, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, que le fait d'avoir permis une modification unilatérale des articles 133 et 23, aurait fait en sorte que « [...] ces garanties [...] [auraient été] vides de sens et [...] [que] [...] leur enchâssement [aurait été] futile »[158].

2. Le recours à Londres pour la modification de l'article 23

Puisqu'il était impossible pour le Manitoba de modifier l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* par le biais de l'article 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et à défaut d'un autre pouvoir canadien de modification applicable, il fallait donc, à l'instar de ce qui était le cas pour l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, recourir à Londres pour opérer une telle modification.

Mais s'il était impossible de modifier l'article 23 sans faire appel au Parlement britannique, il était toutefois loisible à la législature manitobaine d'ajouter, par simple voie législative, au régime de bilinguisme instauré par cet article, dans la mesure où elle respectait sa sphère législative. En effet, se basant justement sur la similitude qui existait entre le texte de l'article 23 et celui de l'article 133, les tribunaux n'ont eu aucune hésitation à ne donner à l'article 23 que la même portée minimale qu'ils avaient donnée à l'article 133[159].

Toutefois, comme c'était le cas pour l'article 133 également, nous croyons qu'aucune addition n'aurait pu être apportée au régime de bilinguisme instauré par l'article 23 par le biais d'une interprétation judiciaire: seul le processus politique aurait pu y parvenir.

Nous remarquons donc qu'il existait, avant 1982, une parfaite correspondance entre les modalités de la modification de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et celles de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Mais alors, la ressemblance qui existe entre l'esprit de l'article 23 et celui de l'article 133 est-elle encore en mesure, même après la *Loi constitutionnelle de 1982*, de faire appliquer à l'article 23 le même régime de modification constitutionnelle que celui qui est applicable à l'article 133?

158. *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, *supra*, note 126, p. 739.
159. Voir *id.* pp. 743-744.

B. LA MODIFICATION DE L'ARTICLE 23 APRÈS LA *LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1982*

L'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* découle, avons-nous vu, de la même motivation que celle qui a amené l'adoption de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*: protéger l'un des groupes fondateurs de l'empiétement et de la domination de l'autre. De ce fait, l'article 23 se devait d'échapper, à l'instar de ce qui était le cas pour l'article 133, au pouvoir unilatéral de modification conféré à la législature manitobaine par l'article 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Mais, de même, on remarque qu'il échappe encore au pouvoir unilatéral de modification conféré par l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il ne semble en effet faire aucun doute que l'article 23 transcende le seul intérêt du Manitoba et ne saurait être considéré comme étant une disposition de la constitution de cette province, au sens de l'article 45[160].

En ce cas, l'article 23, à l'instar de l'article 133, transcenderait-il le seul intérêt de la province à un point tel qu'il ne saurait être modifié autrement qu'en vertu de l'article 41c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Il nous semble que la réponse doive être positive. En effet, nous avons vu que les francophones de la colonie de la rivière Rouge « [...] avaient été habitués à recevoir dans leur propre langue maints services gouvernementaux de la part du conseil d'Assiniboia, qui exerçait les fonctions gouvernementales dans la région, [...] et de la part des tribunaux »[161]. Nous avons vu également que c'est ce bilinguisme qui a été plus tard incorporé dans la loi constitutive du Manitoba. Nous avons vu enfin que cette incorporation avait été demandée par les Métis eux-mêmes, qui la considéraient comme étant une condition essentielle à l'adhésion de leur territoire au fédéralisme canadien. Il nous semble donc possible d'affirmer que l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* a été un fondement essentiel de la création du Manitoba et de l'adhésion de cette province au lien fédéral canadien, exactement comme l'article 133 l'avait été pour le Québec quelques années auparavant. C'est d'ailleurs ainsi que l'a compris le juge Freedman qui, dans l'affaire *Forest*, a affirmé, au nom de la Cour d'appel du Manitoba:

> The constitutionality of the Official Language Act must rest on the thesis that the provisions of s. 23 of the Manitoba Act can be amended by a unilateral act of the legislature of Manitoba. In my view, that thesis is untenable. For the Manitoba Act is not only a statute constituting the province of Manitoba; it is also a statute constituting the union of Manitoba and Canada, and its constitutional provisions affect not only Manitoba but also the union. Section 23 cannot be amended unilaterally by Manitoba any more than other sections relating to the

160. Même Henri Brun et Guy Tremblay, en faisant échapper l'article 23 à la portée de l'article 45, pour le faire plutôt tomber sous celle de l'article 43b), se sont ainsi trouvés à reconnaître, indirectement, si l'on suit leur raisonnement, que l'article 43 échappait au seul intérêt du Manitoba: voir *op. cit.*, note 43, pp. 228-229.

161. Voir l'opinion du juge La Forest, au nom des juges majoritaires, dans *R.* c. *Mercure*, *supra*, note 6, p. 249.

> constitution of the union, such as ss. 91 and 92, dealing with the distribution of powers under the B.N.A. Act.[162]

Or, c'est justement parce que l'article 23 est, à l'instar de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, intimement lié à l'union fédérale canadienne, que nous croyons qu'il ne saurait être considéré comme étant une disposition « applicable au Manitoba seulement », au sens de l'article 43b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais qu'il doit plutôt être considéré, dans sa nature véritable, comme intéressant l'ensemble du Canada et tomber, de ce fait, sous la portée de l'article 41c). En d'autres termes, nous croyons que, pour les mêmes raisons que celles qui ont été invoquées dans le cas de l'article 133 — soit parce qu'il s'agit là de dispositions faisant partie des fondements et conditions essentiels de l'adhésion d'une province à l'union fédérale — , l'article 23 ne saurait être modifié que par tous les partenaires du compromis fédératif. Notons d'ailleurs qu'exiger ainsi l'unanimité pour la modification de l'article 23 est conforme aux suggestions qui avaient été faites lors des travaux de l'un des sous-comités du « comité permanent des questions constitutionnelles » de la Conférence fédérale-provinciale de 1935[163].

Tout en admettant que l'article 23 fait partie des « conditions de l'union fédérative »[164], Henri Brun et Guy Tremblay sont cependant arrivés à la conclusion qu'il doit être modifié en vertu de l'article 43b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*[165], par le raisonnement dont nous avons déjà discuté. Ce raisonnement nous semble pécher toutefois, rappelons-le, par le fait qu'il tient pour acquis que les dispositions qui échappent, dans leur esprit même, au seul intérêt d'une province doivent automatiquement être considérées comme « applicables à cette province seulement », au sens de l'article 43b) ; sans même chercher à savoir si elles ne dépasseraient pas en fait tellement l'intérêt de la province concernée, qu'elles devraient plutôt être considérées comme intéressant, dans leur nature véritable, l'ensemble du Canada.

Nous sommes donc d'opinion que, parce que les Métis ont fait du maintien et de la constitutionnalisation de l'égalité qui existait déjà depuis longtemps entre les langues française et anglaise dans leur territoire, une

---

162. *Forest* c. *A.G. of Manitoba and A.G. of Canada*, *supra*, note 135, pp. 244-245.

163. Comme nous l'avons déjà vu, *supra*, page 252, le sous-comité avait assimilé à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* les « dispositions correspondantes de l'*Acte du Manitoba de 1870* (emploi des langues anglaise et française) », et avait suggéré l'unanimité pour la modification de toutes ces dispositions.

164. C'est du moins ce qui ressort d'une lecture corrélative de la page 218, où ils affirment que les dispositions qui sont des conditions de l'union fédérative doivent échapper à l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et de la page 228, où ils affirment clairement que l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* doit être modifié en vertu de l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Voir H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 43.

165. Voir *id.*, p. 228 et p. 754. Voir également, P.W. HOGG, *op. cit.*, note 63, pp. 95-97.

condition *sine qua non* de la création de la province du Manitoba, l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, par lequel cette égalité a justement été maintenue et constitutionnalisée[166], doit être considéré comme étant une condition fondamentale de notre fédéralisme et ne doit, de ce fait, être modifié qu'en vertu de l'article 41c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Il sera encore possible toutefois pour la législature manitobaine, croyons-nous, d'ajouter des droits ou privilèges au régime minimal instauré par l'article 23, par simple loi ordinaire, dans la mesure toutefois où elle respectera ses compétences législatives.

Mais, au juste, qu'en sera-t-il pour les dispositions relatives à l'usage de l'anglais ou du français que l'on retrouve dans la *Loi constitutionnelle de 1982*?

III. LES MODALITÉS DE LA MODIFICATION DES ARTICLES 16 À 20 DE LA *LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1982*

Les articles 16 à 20 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont pour effet d'enchâsser la notion de deux langues officielles pour le Canada et pour le Nouveau-Brunswick, comme devait le faire remarquer le juge Dickson dans l'arrêt *Société des Acadiens*[167]. Ils assurent la protection des droits linguistiques dans un bon nombre d'institutions publiques telles que les corps législatifs, les tribunaux et les bureaux du gouvernement. Il s'agit donc maintenant pour nous de déterminer de quelle façon ces dispositions constitutionnelles pourront être modifiées.

Mais alors que nous tenterons de déterminer quelle formule de modification devra être appliquée aux articles 16 à 20 en question, il ne faudra pas oublier, dans le cas du Nouveau-Brunswick plus particulièrement, le rôle capital qu'a joué depuis quelques années, et qu'est encore appelée à jouer, la dualité linguistique dans le développement socio-culturel de cette province[168]. Ceci nous amènera, bien sûr, à revoir les différentes étapes de

---

166. Voir le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, *supra*, note 126, p. 739: [...] l'objet de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* [...] qui est d'assurer aux francophones et aux anglophones l'accès égal aux corps législatifs, aux lois et aux tribunaux ». Voir également, p. 744: « Cette obligation a pour effet de protéger les droits fondamentaux de tous les Manitobains à l'égalité de l'accès à la loi dans l'une ou l'autre des langues française ou anglaise ».

167. Voir *Société des Acadiens* c. *Association of parents*, *supra*, note 4, p. 564: « Les articles 16 à 22 de la *Charte* ont pour effet d'enchâsser la notion de deux langues officielles pour le Canada ». Voir également, p. 565: « En adoptant ces garanties constitutionnelles spéciales dans la *Charte*, le gouvernement fédéral et le gouvernement du Nouveau-Brunswick ont démontré leur engagement à réaliser le bilinguisme officiel dans leurs ressorts respectifs ».

168. Voir l'opinion du juge Wilson dans *Société des Acadiens* c. *Association of Parents*, *id.*, p. 645:

> Il est évident que la dualité linguistique joue un rôle capital dans le développement socio-culturel du Nouveau-Brunswick et que les attentes accrues du public en ce qui concerne ce rôle se reflètent aussi bien dans la *Charte* que dans les tentatives du législateur provincial d'étendre et de protéger l'exercice des droits linguistiques.

l'instauration du bilinguisme au Nouveau-Brunswick, jusqu'à ce que l'on peut en considérer le point culminant: la *Loi constitutionnelle de 1982*.

À cette fin, nous étudierons d'abord la procédure applicable aux dispositions qui intéressent le fédéral, puis nous chercherons à savoir s'il y a lieu d'appliquer aux dispositions qui concernent le Nouveau-Brunswick le même régime de modification que celui applicable au fédéral, à l'instar de ce qui semble devoir être le cas pour le Québec et le Manitoba.

A. LA PROCÉDURE APPLICABLE AUX ARTICLES 16(1), 17(1), 18(1), 19(1) ET 20(1)

Il nous semble évident que les dispositions qui, dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, intéressent le fédéral, soit les articles 16(1), 17(1), 18(1), 19(1) et 20(1), devront être modifiées en vertu de la procédure établie par l'article 41c) de cette même loi. On remarque alors que les négociations constitutionnelles de 1981 ont ni plus ou moins confirmé l'importance qui avait été accordée jusque là à ces droits linguistiques fédéraux[169]. Mais on remarque également que, l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* demeurant en vigueur malgré l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les articles 17(1), 18(1) et 19(1) de cette dernière loi font double emploi dans une large mesure avec les dispositions de « l'aspect fédéral » de l'article 133. Cette situation ne risque toutefois pas d'aboutir à une anomalie en ce qui concerne la modification constitutionnelle[170] puisque, comme nous l'avons vu, tant « l'aspect fédéral » de l'article 133 que les articles 17(1), 18(1) et 19(1) de la *Loi de 1982* sont soumis à la même formule de modification: celle de l'article 41c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

B. LA PROCÉDURE APPLICABLE AUX ARTICLES 16(2), 17(2), 18(2), 19(2) ET 20(2)

Si on peut facilement tenir pour acquis que les articles de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui intéressent le fédéral doivent être modifiés selon la règle de l'unanimité, la question de savoir quelle formule utiliser pour en modifier les articles qui intéressent le Nouveau-Brunswick demeure, quant à elle, entière: Doit-on leur appliquer l'article 41c) ou l'article 43b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Il n'y a aucun doute que le régime de bilinguisme instauré par les articles 17(2), 18(2) et 19(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* a été

---

169. Il ressort en effet de la rétrospective que nous avons faite des propositions constitutionnelles antérieures à la *Loi constitutionnelle de 1982*, que toutes ces propositions prévoyaient l'application de la règle de l'unanimité pour la modification de « l'aspect fédéral » de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

170. L'anomalie résulterait du fait que l'article 133 ne serait modifiable que selon la règle de l'unanimité, alors que les articles 17(1), 18(1) et 19(1) seraient, quant à eux, modifiables selon une procédure moins exigeante.

inspiré du modèle qu'est l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme devait l'affirmer le juge Beetz dans l'arrêt *Société des Acadiens*, opinion à laquelle avaient souscrit les juges Estey, Chouinard, Lamer et Le Dain:

> Sous réserve de variantes stylistiques mineures, les termes des art. 17, 18 et 19 de la *Charte* ont été empruntés clairement et délibérément à la version anglaise de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
>
> [...]
>
> Le texte quelque peu condensé et complexe de l'art. 133 a été abrégé et simplifié dans les art. 17 à 19 de la *Charte*, comme il convient au style d'un véritable document constitutionnel.[171]

Il n'y aucun doute non plus que, comme devait l'affirmer le juge Beetz: « [...] dans la mesure où le modèle de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a été délibérément suivi, [...], la même interprétation s'impose »[172]. Mais le fait qu'il puisse y avoir lieu de donner aux articles 17(2), 18(2) et 19(2) de la Charte la même portée que celle de l'article 133 n'implique pas nécessairement, comme nous l'avons déjà vu, que toutes ces dispositions doivent être modifiées selon la même formule de modification constitutionnelle. Rappelons en effet que c'est avant tout parce qu'elles étaient des conditions essentielles à l'adhésion du Québec au fédéralisme canadien et, plus généralement, des conditions essentielles à notre fédéralisme même, que les dispositions de « l'aspect québécois » de l'article 133 ont échappé à l'application de l'article 43b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour plutôt faire l'objet de celle de l'article 41c) de cette loi. Nous sommes donc appelé, pour savoir s'il y a lieu de leur appliquer la même procédure de modification que celle appliquée à l'article 133, à étudier les dispositions de la Charte qui concernent le Nouveau-Brunswick sous l'angle des particularités historiques qui les ont motivées.

La colonie française de l'Acadie, qui comprenait ce que sont maintenant devenues les provinces du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse, a été cédée au Royaume-Uni en 1713 par le traité d'Utrecht. Contrairement au Québec, l'Acadie n'a jamais eu le statut de territoire conquis[173]. Ce statut aurait sans doute aidé la langue française à y conserver un rôle officiel, étant donné la règle de *common law* anglaise voulant que

---

171. Voir l'opinion du juge Beetz dans *Société des Acadiens* c. *Association of Parents*, *supra*, note 4, pp. 573-574.

172. *Id.*, p. 576. Voir aussi l'opinion du juge Beetz aux pages 571-574. Voir enfin, dans le même sens, H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 43, p. 734. Pour une opinion contraire, voir celle du juge Dickson, à la page 561 de l'arrêt *Société des Acadiens*.

173. Voir F. CHEVRETTE et H. MARX, *Droit constitutionnel, notes et jurisprudence*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1982, p. 7:

> Par une étrange fiction, on a toujours considéré que les provinces de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick et de l'Île du Prince-Édouard étaient des colonies de peuplement, alors même que l'Acadie devint, après bien des guerres, colonie britannique par cession de la France en 1713 en vertu du traité d'Utrecht [...].

la langue des peuples conquis leur soit laissée, sauf dispositions expresses au contraire. L'Acadie était plutôt une colonie de peuplement et les Anglais y avaient introduit leur droit dans son ensemble, en 1713, au moyen des premières commissions royales. Une fois le droit anglais introduit dans la colonie, soit par la coutume, soit par des dispositions précises, les tribunaux n'ont accordé un statut officiel qu'à la langue anglaise. En 1784, la province de Nouveau-Brunswick a été tirée de la côte nord-est de la Nouvelle-Écosse. La création du Nouveau-Brunswick n'a eu aucun effet positif sur le statut défavorisé du français sur ce territoire : l'anglais y est demeuré la seule langue officielle.

Cette situation n'a malheureusement pas été modifiée lorsque le Nouveau-Brunswick est devenue membre de la fédération canadienne en 1867. En effet, à cette époque, même si les Acadiens constituaient une minorité plus importante, proportionnellement à la population totale de la province, que la minorité anglophone au Québec, il n'a pourtant jamais été question de leur fournir une protection semblable à celle accordée aux anglophones du Québec par l'article 133. En d'autres termes, l'entente linguistique de 1867, fondée sur la réciprocité, n'a impliqué que le Québec et que le fédéral. Ceci s'explique probablement par le fait que, comme nous l'avons vu, la *Loi constitutionnelle de 1867* n'a pas cherché à modifier la situation existant alors en matière linguistique, mais a cherché au contraire à la constitutionnaliser. Or, la situation linguistique existant au Nouveau-Brunswick en 1867 était, comme nous venons de le voir, l'unilinguisme anglophone.

Dans les faits, cet unilinguisme officiel dura longtemps[174]. Les premiers gains du bilinguisme dans cette province ne datent en effet que de quelques années. Ces gains, d'ailleurs, ont été d'abord très timides, mais ils ont progressivement acquis de la substance. Ainsi, en 1967, le Nouveau-Brunswick a débuté un programme d'introduction graduelle du bilinguisme dans le système judiciaire, par une modification à la *Loi sur la preuve* de la province. Loin d'accorder à la langue française un véritable statut officiel, cette modification ne faisait que permettre aux juges d'ordonner que les actes de procédure soient déposés, et les témoignages rendus et reçus, en anglais ou en français, sur demande de l'une des parties. Une restriction très importante venait toutefois assombrir le tableau : une telle ordonnance ne pouvait être rendue que lorsque toutes les parties et leurs avocats avaient une connaissance suffisante de la langue choisie. Inutile de mentionner que, dans une province où seulement un petit nombre d'avocats parlaient français, cette dernière restriction n'était pas de nature à favoriser l'emploi du français devant les

174. Dans *R.* c. *Murphy, Ex parte Belisle and Moreau*, (1968) 69 D.L.R. (2D) 530, le juge Hughes de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a expliqué les fondements de la règle relative à la détermination de la langue des procédures judiciaires dans la province, aux pages 352-356. Ces extraits sont également cités dans M. BASTARACHE, « Pour réussir le bilinguisme au Nouveau-Brunswick », (1983) 24 *C. de D.* 55, p. 56. Michel Bastarache précise toutefois, dans sa note 1, que l'analyse du juge Hughes était probablement erronée en ce qui concerne la réception du droit au Nouveau-Brunswick.

tribunaux et, dans les faits, était une entrave sérieuse aux chances d'égalité des deux langues dans l'administration de la justice au Nouveau-Brunswick.

Le bilinguisme a néanmoins franchi un pas important en 1969, année où la législature a voté la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*[175]. Cette loi proclamait le caractère officiel des langues française et anglaise et leur accordait un statut d'égalité. En ce qui concernait l'administration de la justice toutefois, l'égalité officielle de l'anglais et du français se trouvait compromise par l'article 13 de la loi. Bien que cette disposition accordait à quiconque comparaissait ou témoignait le droit d'être entendu dans la langue officielle de son choix, elle ne permettait toutefois l'emploi d'une langue officielle dans les procédures judiciaires que lorsque le tribunal convenait qu'on pouvait efficacement procéder ainsi. Dans les faits, ce critère d'efficacité était, bien sûr, de nature à limiter la portée du droit à des procès en langue française dans la province.

Puis, par proclamation du lieutenant-gouverneur en conseil, le 1er mai 1978, on donna effet dans la province aux dispositions de la partie XIV.1 du *Code criminel* du Canada. Ces dispositions accordaient à un accusé le droit à un procès devant un juge ou un jury parlant la langue officielle choisie par cet accusé, ou, si les circonstances le justifiaient, parlant les deux langues officielles. Enfin, d'autres mesures ont été prises afin d'améliorer les services juridiques en langue française : une version bilingue des lois révisées a été publiée en 1974, et, en 1978, la faculté de droit de l'Université de Moncton a offert un cours de droit complet en langue française.

En fait, cette instauration du bilinguisme au Nouveau-Brunswick allait dans la logique des choses. Il appert effectivement que c'était le premier ministre de cette province qui avait été le plus ouvert à l'idée de l'enchâssement des très généreux droits linguistiques qui avaient été proposés par le projet de loi C-60, lors de la Conférence sur la Constitution de 1978. Monsieur Hatfield était même allé jusqu'à y déclarer :

> Pour ce qui a trait à la proposition fédérale d'incorporer dans la Constitution une charte des droits, je n'ai qu'à m'en tenir à mon accord fondamental avec [les] principes.
>
> Le Nouveau-Brunswick a déjà indiqué sa position sur ces questions par des mesures législatives telles que notre *Loi sur les langues officielles* et notre *Loi sur les Droits de l'Homme*. Ma seule préoccupation c'est que le but de ces dispositions soit indiqué aussi clairement que possible pour qu'en fait certains droits de tous les Canadiens soient en réalité mieux garantis et moins sujets à controverse et à un jugement arbitraire.[176]

---

175. *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, L.R.N.-B., 1973, c. 0-1. Les articles 1, 2, 3, 6 et 11 de cette loi ont été promulgués le 1er septembre 1969. L'article 13, qui ouvrait la porte au bilinguisme dans les tribunaux, a été promulgué en 1972. Les articles 4, 8, 9, 10 et 12 ont été mis en vigueur le 1er juillet 1977.

176. *Propositions constitutionnelles 1971-1978*, Ottawa, Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes, 1978, p. 115.

On comprend dès lors pourquoi le Nouveau-Brunswick a accepté avec enthousiasme de se soumettre au régime linguistique instauré par la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette adhésion n'a été, en fait, que le résultat de la progression inexorable qu'avait connu le bilinguisme au Nouveau-Brunswick, au cours des quelques années précédentes. Mais on réalise également que, contrairement à ce qui a été le cas pour le Québec et pour le Manitoba, l'enchâssement d'une certaine forme de bilinguisme dans la Constitution n'a pas été une condition à l'adhésion du Nouveau-Brunswick au fédéralisme canadien. En effet, non seulement l'anglais y a-t-il été longtemps la seule langue officielle mais, en plus, ce ne fut que par des lois ordinaires que le bilinguisme y a été instauré, de 1967 à 1982.

Nous croyons donc que rien dans l'histoire des droits linguistiques au Nouveau-Brunswick ne saurait justifier en soi que la formule de modification constitutionnelle applicable au Québec et au Manitoba, s'applique également à cette province. Toutefois, avant de conclure à l'application de l'article 43b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* à l'égard des articles de cette loi qui concernent le bilinguisme au Nouveau-Brunswick, il faut se demander si, malgré que le bilinguisme n'a pas été une condition de l'adhésion du Nouveau-Brunswick au « compromis fédératif original », le fait justement que ces articles se retrouvent dans un autre « compromis constitutionnel », celui de 1982, ne justifierait pas l'application de l'article 41c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Mais pour répondre à cette question, c'est maintenant la nature même de tout le régime de bilinguisme instauré par la Charte que nous sommes appelé à identifier. Nous disons « tout le régime linguistique » car, ne l'oublions pas, le régime de bilinguisme applicable au Nouveau-Brunswick n'est pas que constitué des articles 17(2), 18(2) et 19(2). Ce régime est aussi constitué des articles 16(2) et 20(2). Or, on ne retrouve pas l'équivalent de ces deux derniers articles dans les dispositions constitutionnelles applicables au Québec et au Manitoba. Le système de bilinguisme officiel applicable au Nouveau-Brunswick a donc plus d'ampleur que le système de bilinguisme applicable au Québec et au Manitoba[177]. Mais il n'y a pas que par son ampleur que le régime de bilinguisme instauré par les articles 16 à 20 de la Charte se distingue de celui instauré par les articles 133 pour le Québec et 23 pour le Manitoba. Il s'en distingue également, croyons-nous, par sa nature même.

Il nous semble en effet que les articles 16 à 20 n'ont pas été conçus pour répondre aux besoins particuliers du Nouveau-Brunswick. Ils constituent plutôt un régime auquel toute province peut adhérer volontairement. Jusqu'à maintenant, seule la province du Nouveau-Brunswick y a adhéré, mais il n'est

177. Comme devait l'affirmer la Cour suprême dans *Société des Acadiens* c. *Association of Parents*, *supra*, note 4, p. 576: « Ce système a pris encore plus d'ampleur dans la *Charte* avec l'ajout du Nouveau-Brunswick au Québec — et au Manitoba — et avec l'adoption de nouvelles dispositions comme l'art. 20 ».

pas dit que d'autres provinces ne s'y joindront pas éventuellement[178]. Les articles 16 à 20 de la Charte se distinguent donc des articles 133 et 23 en ce que, loin de chercher à répondre à des exigences historiques, ils ont plutôt été conçus comme étant un compromis susceptible d'amener dans le giron du bilinguisme des provinces dont l'histoire est justement souvent en contradiction avec l'égalité des deux langues officielles en leur sein.

Or, tant l'ampleur que la nature du régime linguistique de la *Charte canadienne des droits et libertés* sont susceptibles d'avoir des répercussions sur le choix de la procédure de modification devant s'y appliquer. En effet, comme devait le faire remarquer la Cour suprême du Canada:

> On doit en outre prendre en considération la formule de modification constitutionnelle relativement à l'usage des langues officielles. Suivant l'al. 41c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le consentement unanime du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province est nécessaire à cette fin, mais « sous réserve de l'article 43 ». L'article 43 prévoit la modification des dispositions de la Constitution applicables à certaines provinces seulement et exige que cela se fasse par des « résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province concernée ». Il est de notoriété publique qu'on s'attendait à ce que certaines provinces autres que le Nouveau-Brunswick, abstraction faite du Québec et du Manitoba, finissent par adhérer volontairement à la totalité ou à une partie du régime constitutionnel prescrit par les art. 16 à 22 de la *Charte*, et une procédure souple de modification de la Constitution a été prévue pour que cette progression dans le domaine des droits linguistiques puisse se réaliser.[179]

Le fait de soumettre la modification des articles 16 à 20 de la Charte à la procédure souple de l'article 43b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* s'expliquerait donc par la nécessité qu'il y a de convaincre d'autres provinces à adhérer à ce régime, provinces qui, autrement, seraient encore plus réticentes à y participer. En effet, il nous semble que seule la possibilité pour ces provinces de se soustraire avec une certaine aisance à un régime linguistique auquel elles auraient d'ailleurs adhéré volontairement, est susceptible de gagner leur participation au régime en question. Cette « souplesse » s'imposerait d'ailleurs d'autant plus, à l'égard de la modification des articles 16 à 20 de la Charte, que, comme nous l'avons vu, le régime auquel on désire gagner l'adhésion volontaire des provinces est d'une ampleur encore plus grande que celle du régime qui s'impose actuellement au Québec et au Manitoba.

En d'autres termes, nous croyons que la procédure de modification qui doit être appliquée au régime linguistique de la Charte doit être celle qui incitera d'autres provinces à y adhérer volontairement, plutôt que celle qui

---

178. Rappelons en effet que la Charte de Victoria de 1971 proposait que — outre le Québec, le Manitoba et le Nouveau-Brunswick — les provinces de Terre-Neuve, de l'Ontario, de l'Île du Prince-Édouard et de la Nouvelle-Écosse soient soumises à un certain nombre de garanties linguistiques importantes. Une disposition (l'article 13) allait même jusqu'à prévoir que les lois de *toutes* les provinces devaient être imprimées et publiées en anglais et en français.

179. *Société des Acadiens* c. *Association of Parents*, *supra*, note 4, p. 579 (juge BEETZ).

les en découragera[180]. Or, seule l'application de l'article 43b) à la modification des articles 16 à 20, par opposition à l'application de la formule « rigide » de l'article 41c), est susceptible de rendre les provinces moins réticentes à adhérer au régime linguistique de la Charte et, ainsi, est susceptible de permettre au processus politique de poursuivre son œuvre vers une reconnaissance encore plus répandue de l'égalité de la langue française et de la langue anglaise au Canada[181].

Nous sommes donc d'opinion que c'est bel et bien l'article 43b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui doit être appliqué à la modification des articles 16(2), 17(2), 18(2), 19(2) et 20(2) de cette loi, étant donné la nature même de ces dispositions et étant donné le rôle que l'article 43 est appelé à jouer dans tout le régime de modification constitutionnelle établi par la *Loi de 1982*.

Toutefois, nous croyons qu'il sera possible pour le Nouveau-Brunswick — et pour le fédéral également — d'ajouter des droits ou privilèges au régime linguistique instauré par la Charte et ce, sans qu'il soit nécessaire de procéder par le biais d'une modification constitutionnelle. Il semble en effet que ce régime linguistique, bien qu'il ait plus d'ampleur que celui des articles 133 et 23, comme nous l'avons déjà vu, n'en a pas moins, à l'instar de ces deux derniers articles, une portée minimale[182]. Comme toutes les autres dispositions fondées sur un compromis politique, les articles 16 à 20 de la Charte se prêtent donc particulièrement bien à l'avancement des droits qui y sont énoncés[183]. Ce principe d'avancement est même en quelque sorte

---

180. Comme l'a mentionné le juge Beetz, dans *Société des Acadiens* c. *Association of Parents*, *id.*, pp. 579-580:

> Si toutefois on disait aux provinces que le régime créé par les art. 16 à 22 de la *Charte* est dynamique et progressif en soi, indépendamment de toute législation et de toute modification de la Constitution, et qu'il appartient surtout aux tribunaux de régler le rythme d'évolution de ce régime, elles se trouveraient alors dans l'impossibilité de savoir avec une exactitude relative ce à quoi elles adhèrent. Pareille situation les rendrait assurément plus réticentes à adhérer et irait à l'encontre du principe de progression énoncé au par. 16(3).

181. Nous devons toutefois admettre que, comme devaient l'affirmer Pierre FOUCHER et Gérard SNOW dans « Le régime juridique des langues dans l'administration publique au Nouveau-Brunswick », (1983) 24 *C. de D.* 81, alors qu'ils parlaient, à la page 97, de l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*: « Le mécanisme, destiné à faciliter la bilinguisation des provinces, peut aussi servir à l'effet contraire si l'enjeu politique le permet ».

182. Voir dans *Société des Acadiens* c. *Association of Parents*, *supra*, note 4, où, aux pages 576 et 577, le juge Beetz applique aux dispositions linguistiques de la Charte des extraits hautement significatifs de l'arrêt *MacDonald*.

183. Voir l'opinion du juge Beetz, au nom des juges majoritaires, dans *Société des Acadiens* c. *Association of Parents*, *id.*, p. 578: « [...] même si certains d'entre eux ont été élargis et incorporés dans la *Charte*, les droits linguistiques ne reposent pas moins sur un compromis politique »; puis, à la page 579:

> Comme le processus législatif est, à la différence du processus judiciaire, un processus politique, il se prête particulièrement bien à l'avancement des droits fondés sur un compromis politique.

consacré par l'article 16(3) de la Charte, lequel prévoit expressément l'adoption de mesures législatives ordinaires favorisant la progression vers l'égalité de statut ou d'usage des langues anglaise et française[184]. Comme devait cependant le faire remarquer le juge Beetz, les tribunaux devront hésiter à servir eux-mêmes d'instruments de changement des droits linguistiques de la Charte[185], et laisser plutôt cette fonction aux acteurs politiques canadiens.

CONCLUSION

Nous ne sommes pas sans savoir que le point de vue que nous avons soutenu dans le présent article est audacieux. Comment, en effet, prétendre que la « partie québécoise » de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et que l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ne peuvent être modifiés qu'avec l'accord de toutes les assemblées législatives canadiennes, sans heurter l'opinion de certains pour qui le sens commun politique commanderait que seule la province directement concernée puisse — avec par exemple l'accord du Parlement canadien en tant que digne protecteur des intérêts de l'ensemble du pays — opérer pareille modification? Ne nous trouvons-nous pas à défendre l'indéfendable ou, à tout le moins, l'inacceptable?

Pourtant, tant l'histoire législative de ces dispositions que l'interprétation que les tribunaux leur ont donnée, nous apprennent leur très grande importance dans le développement du fédéralisme canadien. Cette importance était telle, d'ailleurs, que même la modification de « l'aspect fédéral » de l'article 133 échappait au pouvoir unilatéral de modification conféré au Parlement central par l'article 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*[186]. Cette importance était telle, également, que tous les projets de réforme constitutionnelle ont prévu l'application de la règle de l'unanimité à l'égard

---

184. Voir l'opinion du juge Dickson dans *Société des Acadiens* c. *Association of Parents*, *id.*, p. 565: « En effet, le par. 16(3) prévoit expressément l'adoption de mesures législatives permettant de favoriser la progression vers l'égalité de statut des deux langues officielles ». Voir également l'opinion du juge Beetz, dans le même arrêt, p. 579:

> Je crois qu'il est exact d'affirmer que l'art. 16 de la *Charte* contient un principe d'avancement ou de progression vers l'égalité de statut ou d'usage des deux langues officielles. Je considère toutefois qu'il est très significatif que ce principe de progression soit lié au processus législatif mentionné au par. 16(3) où se trouve consacrée la règle énoncée dans l'arrêt *Jones* [...].

185. Voir l'opinion du juge Beetz, dans *Société des Acadiens* c. *Association of Parents*, *id.*, p. 578.

186. Comme quoi le fédéral n'est pas toujours le meilleur juge des intérêts les plus fondamentaux du pays, et comme quoi les provinces avaient senti le besoin d'être protégées contre une action unilatérale du fédéral qui serait allée à l'encontre des principes les plus fondamentaux du compromis fédératif, dont faisaient alors visiblement partie, à tout le moins, les deux aspects de l'article 133.

des deux aspects de l'article 133 et même, dans certains cas explicites, à l'égard de l'article 23[187], alors que ces projets contenaient pourtant d'autres procédures moins exigeantes qui auraient pu accueillir ces dispositions, n'eut été justement l'extrême importance que les acteurs politiques leur accordaient[188].

Alors, nous répondront-ils sans doute, ce doit être que l'accord de 1982 a complètement bouleversé la situation et, plutôt que de rester fidèle aux conventions constitutionnelles qui, avant 1982, semblaient favoriser la règle de l'unanimité comme principe de modification de ces dispositions, a maintenant désigné un nouveau constituant composé du Parlement central et de la législature concernée pour parvenir à ces fins. Mais, si tel était vraiment le cas, comment expliquer que la « partie fédérale » de l'article 133 continue, quant à elle, à être soumise à la règle de l'unanimité, alors qu'il n'en serait plus de même pour sa « partie québécoise », pourtant toujours considérée par les tribunaux comme étant indissociable de la première? Comment expliquer également que ces dispositions soient ainsi passées de l'unanimité à la formule souple de l'article 43b), bouleversement majeur s'il en est un, alors que toutes les autres dispositions au sujet desquelles les conventions requerraient l'unanimité avant 1982, ont continué à être soumises à cette règle même après le rapatriement, ou n'ont tout au plus été réduites qu'à la formule générale de modification? La « partie provinciale » de l'article 133 et l'article 23 auraient-ils ainsi perdu autant d'importance aux yeux de nos acteurs politiques? Comment expliquer enfin pareil bouleversement, alors que rien n'indique que le compromis de 1982 ait rendu inapplicable la jurisprudence qui lui était antérieure, jurisprudence qui, rappelons-le, n'avait pas ménagé les mots pour vanter les mérites des articles 133 et 23 en tant que véritables piliers du compromis canadien?

Mais enfin, seront-ils alors tentés de nous demander, le libellé de l'article 43b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'est-il pas suffisamment clair pour couvrir sans l'ombre d'un doute les dispositions qui, comme la « partie québécoise » de l'article 133 et l'article 23, ne sont *techniquement* applicables qu'à une province et sont relatives à l'usage de l'anglais ou du

---

187. Pareille importance n'était même pas reconnue aux dispositions constitutionnelles intéressant la Charge de la Reine. En effet, seul le projet de 1935-1936 avait expressément prévu l'application de la règle de l'unanimité à l'égard de la modification de ces dispositions, pourtant maintenant clairement soumises à la règle de l'unanimité (article 41a) de la *Loi constitutionnelle de 1982*).

188. Par exemple, les projets de 1935-1936, 1950, le projet Fulton de 1960-1961 et le projet Fulton-Favreau de 1964, prévoyaient une procédure spéciale pour les dispositions qui n'intéressaient qu'une ou que quelques provinces, au même effet que la procédure prévue dans l'actuel article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pourtant, tous ces projets avaient expressément exclu l'article 133 (dans ses deux aspects) de la portée de cette procédure, pour le soumettre plutôt à celle de l'unanimité. Il en était de même pour le projet de 1935-1936, à l'égard de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*.

français dans la province[189]? Pourtant, c'est bien plus à leur esprit qu'à leur libellé, qu'auteurs et juges ont unanimement eu recours pour faire échapper ces dispositions aux pouvoirs unilatéraux de modification conférés au Québec et au Manitoba[190]. N'y a-t-il pas, dès lors, lieu de se demander, comme nous l'avons fait, si l'esprit des articles 133 et 23 ne justifierait pas également que ceux-ci échappent à la portée de l'article 43b)?

Non, vraiment, c'est l'opinion que les articles 133 et 23 devront être modifiés en vertu de la procédure de l'article 41c) de la *Loi de 1982* que nous osons défendre. Ainsi envisagé, l'article 41c) se trouve donc à continuer la démarche qui, selon les conventions, devait précéder l'intervention formelle de Londres pour modifier les conditions de l'union fédérative de 1867 et qui allait dans le sens — à tout le moins quant aux plus fondamentales de ces conditions — d'une approbation unanime des autorités législatives canadiennes. Quant à l'article 43b), il se trouve à régir la modification des nouvelles dispositions provinciales issues du compromis de 1982 et de celles qui, souhaitons-le, s'y ajouteront.

Mais loin de nous la prétention d'avoir définitivement réglé la question; car nous devons bien admettre que la thèse contraire — soit celle voulant que la « partie provinciale » de l'article 133 et que l'article 23 soient

---

189. L'article 43b) est-il si clair que cela? En fait, même Henri BRUN et Guy TREMBLAY ont affirmé, *op. cit.*, note 43, p. 228, en parlant de l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*: « La portée de ce troisième pouvoir constituant est loin d'être évidente [...] ».

190. En effet, les juges et les auteurs n'ont jamais hésité à se référer à l'esprit des articles 133 et 23 — tel qu'il ressort notamment de leur historique législatif — pour conclure qu'ils ne faisaient pas partie de la constitution du Canada au sens de l'article 91(1) de la *Loi de 1867*, ou de la constitution de la province au sens de l'article 92(1) de la *Loi de 1867* ou, encore maintenant, pour les exclure de la portée des articles 44 et 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pourtant ne relèveraient-ils pas techniquement, si l'on ne considérait que leur libellé, de la régie interne du fédéral, du Québec ou du Manitoba, selon le cas? Il est assez amusant de constater par ailleurs que Henri Brun et Guy Tremblay ont même eu recours à l'esprit, plutôt qu'au libellé, pour définir la portée de l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Voir en effet, *id.* p. 218:

> La partie de la Constitution du Canada qui peut être modifiée par simple législation provinciale est donc celle que, selon l'esprit, l'on peut considérer comme relevant de la Constitution interne de la province étant donné qu'elle porte essentiellement sur l'organisation et le fonctionnement des institutions de la province.

De même constatons-nous que c'est davantage à l'esprit de l'article 43b), qu'à son libellé, que Brun et Tremblay se sont référés pour opérer une distinction entre cet article et l'article 45 de la *Loi de 1982*. En effet, ils ont interprété l'article 43b) comme couvrant les dispositions qui, bien que relevant *techniquement* de la constitution de la province, échappaient néanmoins à la portée de l'article 45 en ce qu'elles étaient, *dans leur esprit*, des conditions de l'union fédérative: voir *op. cit.*, *supra*, note 43, pp. 366-367. De ce fait, ils se sont trouvés à donner à l'article 43 b) un esprit en vertu duquel il ne sera pas appelé à couvrir toutes les dispositions qui ne sont applicables qu'à une ou à certaines provinces, mais bien seulement celles de ces dispositions qui, en plus, transcenderont le seul intérêt de la province concernée: conciliation avec l'article 45 oblige!

modifiables en vertu de l'article 43b) de la *Loi de 1982* — est séduisante. Elle est également, sans doute, la plus courtisée. Peut-être au fond notre mérite est-il de ne pas y avoir succombé. Et ce mérite, même s'il devait n'être que le seul, ne serait-il pas valable en lui-même? Notre expérience n'a-t-elle pas été du genre de celles qui doivent présider à tout raisonnement juridique: Lever le voile du passé afin de déceler, au-delà des apparences — souvent trompeuses —, un esprit que l'on était bien loin d'y imaginer?