

LA PRÉCARITÉ DES DROITS LINGUISTIQUES SCOLAIRES OU LES SINGULIÈRES DIFFICULTÉS DE MISE EN ŒUVRE DE L'ARTICLE 23 DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS*

par Daniel PROULX**

RÉSUMÉ

La constitutionnalisation des droits à l'instruction dans la langue de la minorité pose des difficultés de mise en œuvre très particulières. D'abord, il s'agit de droits de nature sociale, c'est-à-dire de droits qui requièrent préalablement, pour leur existence même, le concours actif des pouvoirs politiques provinciaux par voie législative ou exécutive. Dès lors, est-il possible de recourir aux tribunaux pour leur demander de forcer littéralement un parlement ou un gouvernement inactif à intervenir? Ce texte propose quelques ébauches de réponse à cette question épineuse. Du même coup, il fait ressortir 1° de quelle façon les rapports normaux entre gouvernants et

ABSTRACT

The entrenchment of minority language educational rights gives rise to very special enforcement difficulties. First of all, these rights are social rights. This means that, in order for them to exist, the provincial governments have to intervene by way of legislature or executive action. Hence, do the courts have sufficient powers to literally force an inactive government or parliament to fulfil its affirmative constitutional obligations? This paper tries to give some answers to this thorny question. It also highlights 1° the way in which the normal relationship between the individual and the government has been transformed in the field of civil liberties and 2° to what extent the

* Texte revu et complété d'une allocution présentée au 51^e Congrès de l'A.C.F.A.S. tenu à Trois-Rivières les 25-26-27 mai 1983, et publiée dans les *Cahiers de l'A.C.F.A.S.* (n° 18).

** Professeur à la faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

gouvernés s'en trouvent transformés en matière de libertés publiques et 2° à quel point l'équilibre des pouvoirs publics canadiens est bouleversé par une incontestable remise en cause du rôle traditionnel de nos tribunaux.

traditional role of the courts vis-à-vis the governments and parliaments has been drastically changed.

SOMMAIRE

1- Les difficultés reliées à la transformation des rapports gouvernants-gouvernés	338
2- Les difficultés reliées au bouleversement de l'équilibre des pouvoirs publics	343
a) Le contrôle judiciaire des parlements	344
i) Avant la Charte canadienne	344
ii) Depuis la Charte canadienne	347
b) Le contrôle judiciaire des gouvernements	354
i) La loi délègue ses responsabilités linguistiques	355
ii) La loi est silencieuse	363
3- Les enjeux globaux de l'interventionnisme judiciaire sous l'éclairage américain . .	365

INTRODUCTION

L'inscription de droits dits «sociaux» dans la *Charte canadienne des droits et libertés* a fait l'objet de certaines controverses au cours des débats qui ont précédé son adoption. Les juristes, en effet, n'étaient pas tous d'accord sur l'opportunité de constitutionnaliser de tels droits¹. Je songe en particulier ici aux droits linguistiques qu'on retrouve aux articles 16 à 23 de la Charte canadienne, puisque la protection *explicite* de droits sociaux se limite à la reconnaissance de certains droits linguistiques dans les institutions du gouvernement fédéral et de celui du Nouveau-Brunswick, de même qu'aux droits à l'instruction dans la langue de la minorité.

Notons immédiatement que la Charte québécoise des droits et libertés a reconnu dès son entrée en vigueur en 1976² des droits à portée sociale beaucoup plus nombreux. Les articles 39 à 48 de cette Charte stipulent, entre autres, que l'enfant ainsi que les personnes âgées et handicapées ont droit à une protection spéciale dans la société. Ces dispositions garantissent égale-

¹ Sur la notion de «droits sociaux», voir *infra*, pp. 338 et suiv. Sur les désaccords doctrinaux, voir *infra*, pp. 342 et 343.

² *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12. Bien que sanctionnée en juin 1975, la Charte québécoise n'est entrée en vigueur que le 28 juin 1976 par proclamation: (1976) 108 G.O. II, 3875.

ment à toute personne les droits à l'instruction publique gratuite, à l'information, à la sécurité sociale, à des conditions de travail justes et raisonnables et à l'égalité juridique dans le mariage.

L'inclusion de cette série de droits «économiques et sociaux», comme le titre IV de la Charte québécoise les appelle, n'a pas suscité les mêmes réticences juridiques que dans le cas des droits linguistiques de la Charte canadienne. La raison en est simple: le législateur québécois a reconnu dès le départ que ce type de droits ne pouvait le lier. Il n'a jamais prétendu que la reconnaissance de droits sociaux allait obliger le gouvernement ou le parlement québécois à les assurer³.

Or, dans le cas de la Charte canadienne, on a soutenu exactement le contraire. On a enchâssé les droits linguistiques au même titre que les autres et même, en fait, encore plus que les autres puisqu'ils sont à l'abri d'une dérogation expresse autorisée par l'article 33. Ce faisant, on a promis aux minorités francophones que leurs droits linguistiques seraient désormais garantis et que, par conséquent, leurs gouvernements ne pourraient plus y faire obstacle.

La Charte peut-elle remplir ses promesses en matière de droits linguistiques et, en particulier, en ce qui a trait aux droits à l'instruction dans la langue de la minorité prévus à l'article 23? Ces droits peuvent-ils être exercés dans les faits? Si oui, à quelles conditions? Sinon, le droit constitutionnel canadien et, en particulier, l'article 24 de la Charte procurent-ils aux tribunaux les outils et la légitimité nécessaires pour leur permettre de sanctionner efficacement la négation de ces droits linguistiques?

Lorsqu'on aborde ces questions, on réalise rapidement que les droits linguistiques, une fois constitutionnalisés, pose des difficultés de mise en œuvre qui leur sont propres et qui risquent de s'avérer assez complexes. Ces difficultés, me semble-t-il, sont d'abord dues à une transformation radicale des rapports entre gouvernants et gouvernés en matière de libertés publiques. La constitutionnalisation de ce type de droits provoque nécessairement, comme on le verra, un renversement des rôles en obligeant le pouvoir politique à prendre une part active dans leur mise en application et, dans l'intervalle, en laissant les bénéficiaires en position d'attente.

³ Depuis l'entrée en vigueur de la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, c. 61 par proclamation le 1^{er} octobre 1983 (cf. (1983) 115 G.O. II, 4139), l'art. 52 de la Charte fait prévaloir ses articles 1 à 38 (plutôt que 9 à 38) sur toute autre disposition législative postérieure à cette date. La suprématie de ces articles sur les lois antérieures a toutefois été repoussée au 1^{er} janvier 1986 au plus tard. Ce qu'il importe de noter ici (certaines autres subtilités quant aux modalités de l'entrée en vigueur de l'art. 52 ayant été volontairement omises ici pour fins de clarté), c'est que les droits économiques et sociaux, reconnus aux art. 39 à 48 de la Charte, ne sont aucunement touchés par ces modifications.

Une seconde série de complications tient ensuite au fait que la mise en vigueur de droits sociaux, comme le sont les droits linguistiques de l'article 23, entraîne un bouleversement de l'équilibre des pouvoirs publics. Les juges doivent faire plus que casser une mesure législative inconstitutionnelle, ils se voient forcés de trouver une sanction appropriée à l'inexistence complète de législation, de réglementation ou de politique sur l'instruction dans la langue de la minorité. Le contrôle judiciaire traditionnel des parlements et des gouvernements qui tenteraient, par simple inaction, d'échapper à leurs obligations constitutionnelles positives doit donc être revu dans cette perspective nouvelle.

Ce texte ne veut toutefois pas se limiter à faire état des multiples embûches qui rendent malaisée la sanction des droits linguistiques prévus à l'article 23 et fort précaire leur jouissance par les minorités francophones au Canada. On essaiera donc de voir comment, dans quelle mesure et à quelles conditions les tribunaux, ces gardiens ultimes de notre Constitution, pourraient relever le défi herculéen d'inventer les remèdes nouveaux qu'exige la mise en œuvre concrète des droits des minorités francophones à l'instruction publique dans leur langue. Pour ce faire, il aura bien sûr été nécessaire d'examiner la jurisprudence de nos hardis voisins américains et d'en évaluer les chances et les conditions d'importation.

1- LES DIFFICULTÉS RELIÉES À LA TRANSFORMATION DES RAPPORTS GOUVERNANTS-GOUVERNÉS

Pour comprendre à quel point les rapports entre gouvernants et gouvernés sont modifiés dans le cadre de l'article 23, il faut d'abord s'arrêter sur les caractéristiques qui distinguent les droits fondamentaux classiques des droits «sociaux».

La Charte constitutionnelle reconnaît en effet deux grandes sortes de droits. D'une part, on y retrouve les droits fondamentaux classiques tels que les libertés de religion, d'opinion ou d'expression (art. 2), les droits politiques ou démocratiques du citoyen de voter et de se porter candidat à une élection fédérale ou provinciale (art. 3 à 5), les garanties juridiques protégeant toute personne contre les arrestations illégales ou arbitraires et lui assurant un procès impartial (art. 7 à 14), les droits à l'égalité (art. 15 et 28) et la liberté de circulation et d'établissement (art. 6).

On dit de ces droits et libertés classiques qu'ils sont fondamentaux du point de vue juridique parce qu'ils sont, au départ, des attributs naturels et intrinsèques de la personne humaine. Ces attributs deviennent des droits proprement dits non pas parce que l'État les crée et les confère à l'individu, mais

parce qu'il en reconnaît l'existence dans des déclarations. Celles-ci ont alors pour effet de procurer à l'individu dont une liberté est brimée, par exemple la liberté d'expression, le droit de s'adresser aux tribunaux pour faire cesser cette violation⁴.

La mise en œuvre des droits fondamentaux classiques relève donc, comme l'a noté le professeur Rivero, «directement et exclusivement de l'initiative des titulaires aussitôt qu'[ils] sont reconnus»⁵. Le rôle de l'État par rapport à ces droits consiste à laisser l'individu les exercer après les avoir déclarés dans une Charte. L'État ne doit rien faire par exemple pour limiter la liberté de religion que toute personne a le droit d'exercer car toute intervention de sa part l'expose à des recours en inconstitutionnalité devant les tribunaux.

Les droits linguistiques ne font pas partie des droits fondamentaux classiques. Ils font partie d'une deuxième catégorie de droits qualifiés de droits «économiques, sociaux et culturels».

On fait ainsi entrer sous ce vocable les droits au travail et à des conditions de travail justes et raisonnables (droits économiques), les droits à la santé, au logement ou à l'assistance sociale (droits sociaux), les droits à la culture et à l'enseignement ou leurs modalités comme le droit à l'enseignement dans une langue donnée (droits culturels)⁶.

Qu'est-ce qui distingue ces derniers droits qu'on peut, à l'instar de Bossuyt⁷ qualifier globalement de «sociaux», des premiers auxquels on réserve les qualificatifs de classiques et de fondamentaux? C'est que, contrairement aux droits classiques, les droits sociaux ne sont pas inhérents à l'être humain. Ils n'existent pas à l'état naturel et l'individu ne peut les exercer de sa seule initiative⁸.

Ainsi, pour que l'individu puisse jouir de l'aide sociale ou puisse s'instruire, il ne suffit pas que l'État reconnaisse l'existence de ces droits dans la

⁴ Cf. J. RENAULD, «Réflexions sur la nature des droits de l'homme», (1968) 45 *Rev. de droit int. et comp.*, 160: «Il est cependant, fait remarquable que les textes nationaux ou internationaux qui concernent notre matière, apparaissent comme des «reconnaisances» ou, ce qui revient au même, des «déclarations» de droits. (Ce) phénomène... doit inciter les juristes à se demander si une analyse plus poussée ne pourrait rendre compte — dans le cadre du droit positif — de la nature spécifique que paraissent bien avoir les droits de l'homme».

⁵ J. RIVERO, *Les libertés publiques*, Paris, Thémis, 1973, pp. 104-106.

⁶ Cette classification a été proposée par L. DUCHATELET, «Les perspectives d'une protection efficace des droits économiques et sociaux en Belgique», dans les Actes du 2^e Colloque du département des droits de l'homme tenu à l'Université catholique de Louvain le 10 nov. 1972, Bruxelles, Bruylant, 1973, à la p. 119.

⁷ M. BOSSUYT, «La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels», (1975) 8 *R.D.H.* 783, aux pp. 789 à 794.

⁸ J. RIVERO, *op. cit.*, note 5, pp. 48-49.

constitution. Il faut bien plus. Pour que toute personne ait un droit réel à l'instruction, l'État doit mettre en place tout un réseau d'institutions d'enseignement, cela va de soi. Sinon, la reconnaissance même constitutionnelle du droit à l'enseignement ne peut s'avérer que symbolique⁹.

Par conséquent, il existe une différence de nature considérable entre les droits fondamentaux classiques et les droits sociaux. Les premiers sont de véritables droits aussitôt qu'ils sont protégés par la constitution parce qu'ils peuvent être exercés immédiatement par toute personne. Les seconds ne sont pas de véritables droits, du moins au moment où ils sont reconnus. Il s'agit de droits «potentiels» car, au lieu de se tenir à l'écart et de laisser l'individu jouir de ses libertés, l'État doit s'impliquer carrément pour assurer l'exercice d'un droit social¹⁰.

Là où il n'existe pas d'écoles dans la langue de la minorité, la mise en œuvre des droits «socio-culturels» à l'instruction dans la langue de la minorité ne relève donc pas des parents concernés depuis la proclamation de la Charte canadienne. En effet, s'ils ne bénéficient pas déjà d'établissements dispensant l'enseignement dans leur langue, ces parents ne peuvent jouir de leurs «droits». L'application de l'article 23 incombe plutôt au gouvernement provincial qui doit procurer les installations propres à assurer aux enfants de la minorité linguistique l'exercice concret de leurs droits à l'instruction dans leur langue.

En résumé, la distinction entre droits fondamentaux classiques et droits sociaux réside dans la proposition suivante: les premiers assurent à l'individu un droit d'*exercice* tandis que les seconds confèrent simplement un «droit de *créance*» contre l'État, c'est-à-dire un droit de réclamer la mise en place des institutions requises pour l'exercice *éventuel* du droit¹¹.

Ceci étant dit, tous les droits sociaux et, pour ce qui est de la Charte canadienne, tous les droits linguistiques ne sont pas *que* des droits de créance ou des droits potentiels. En effet si, au moment de la proclamation de la Charte le réseau d'institutions existait déjà, l'individu pouvait jouir de son

⁹ Comme l'affirme en effet RIVERO, *op. cit.*, note 5: «[les droits sociaux] ne peuvent recevoir satisfaction qu'après la mise en place d'un appareil destiné à répondre aux exigences des particuliers» (p. 104).

¹⁰ Outre les auteurs déjà cités, on peut consulter aussi: P. ORIANNE, «De la juridicité des droits économiques et sociaux reconnus dans les Déclarations internationales», (1974) 34 *Annales de droit* 147.

¹¹ Cette opposition entre «droits de créance» et «droits d'exercice» est empruntée à RIVERO, *op. cit.*, note 5, p. 104. D'autres auteurs, pour mettre en relief la différence de nature des deux types de droits utiliseront des expressions comme «pouvoirs d'exiger» (droits sociaux) et «pouvoirs de faire» (droits classiques). Voir, par ex.: G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1972, à la p. 18.

droit dès qu'il fut reconnu. On assiste alors à un phénomène de transfert: le droit perd sa qualification sociale puisqu'il acquiert toutes les caractéristiques du droit classique¹².

En ce qui a trait aux droits à l'instruction dans la langue de la minorité, l'article 23 constitue donc pour la minorité anglophone du Québec un droit réel ou exécutoire puisque tout membre de la communauté anglophone du Québec, au sens de cet article, peut exercer ce droit dans les faits et demander l'intervention ordinaire des tribunaux s'il est violé par le législateur ou le gouvernement du Québec. C'est d'ailleurs ce qui se produit actuellement puisque la Cour supérieure et la Cour d'appel ont déjà déclaré inconstitutionnelles et inopérantes¹³ les dispositions de la *Charte de la langue française*¹⁴ qui restreignent la portée de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Pour ce qui est de l'égalité de statut des langues française et anglaise dans les lois, débats et travaux du Parlement fédéral et de la législature du Nouveau-Brunswick ainsi que dans les tribunaux de ces deux ordres de gouvernement, les articles 16 à 19 de la Charte canadienne confèrent aussi un droit réel à l'individu, à l'instar d'un droit classique, même si la concrétisation de cette égalité linguistique implique l'intervention de l'État. Un tel droit est en effet exécutoire dès qu'il est reconnu puisque les tribunaux auraient le pouvoir de sanctionner efficacement toute loi fédérale, par exemple, qui ne serait pas imprimée et publiée dans les deux langues officielles en la déclarant inopérante. Comme on le sait, il en est de même au Québec et au Manitoba non pas en vertu de la Charte canadienne des droits mais en vertu d'autres dispositions constitutionnelles¹⁵.

¹² La doctrine de droit international parle alors de «civilisation» des droits sociaux: M. BOSSUYT, *loc. cit.*, note 7. On notera par ailleurs que le phénomène inverse, c'est-à-dire la «socialisation» d'un droit «civil» ou classique, peut également se produire. Le droit à l'égalité aux États-Unis a par exemple amené les tribunaux à exiger que les institutions scolaires fassent plus que simplement admettre tout étudiant sans égard à sa race ou à sa langue. Ainsi, la Cour suprême dans *Lau c. Nichols*, (1974) S.Ct. 786 a exigé que des cours de langue anglaise soient dispensés aux élèves d'origine chinoise qui en avaient besoin au motif suivant: «(u)nder the state-imposed standards there is no equality of treatment merely by providing students the same facilities, text books, teachers and curriculum; for students who do not understand English are effectively foreclosed from any meaningful education». (p. 788).

¹³ *Quebec Association of Protestant School Boards c. P.g. du Québec*, [1982] C.S. 673 confirmé in [1983] C.A. 77.

¹⁴ L.R.Q., c. C-11, art. 72 et suiv. (chap. VIII).

¹⁵ Il s'agit bien sûr de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30-31 Vict. c. 3 (R.-U.) et de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, 33 Vict., c. 3 (Can.). C'est en vertu de ces deux dispositions que la Cour suprême a déclaré inconstitutionnels le chap. III de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11 portant sur la langue de la législation et de la justice au Québec ainsi que l'*Official Language Act*, S.M. 1890, c. 14 interdisant totalement

En revanche, l'article 20, qui traite de la langue de communication entre l'administration (au fédéral et au Nouveau-Brunswick) et les administrés, pose essentiellement les mêmes difficultés que l'article 23. L'existence de ce droit suppose au préalable une action concrète de la part de l'État, laquelle est en outre conditionnelle, pour ce qui est des bureaux régionaux de l'administration fédérale, à un critère alternatif de «demande importante» ou de justification du service linguistique par «la vocation du bureau».

Voilà donc en quoi consistait la controverse juridique à laquelle j'ai fait allusion plus haut autour de l'opportunité de constitutionnaliser des droits linguistiques et, tout particulièrement, les droits à l'instruction dans la langue de la minorité. Puisque l'article 23 ne donnera pas de droits susceptibles d'exercice immédiat aux minorités francophones à qui une province n'a pas déjà garanti concrètement ces droits par l'ouverture de classes, la construction d'écoles, voire la mise sur pied de conseils scolaires, peut-on encore les placer avec les autres droits fondamentaux reconnus dans la Charte? N'y aurait-il pas plutôt lieu de suivre l'exemple du droit international et de bien démarquer la distinction de ces deux types de droits en les reconnaissant dans deux documents séparés¹⁶?

Certains auteurs ont déjà fait connaître leur scepticisme à propos de la constitutionnalisation de droits de nature sociale, pour ne pas dire leur oppo-

l'usage du français tant dans la législation et la réglementation que devant les tribunaux et dans les travaux parlementaires du Manitoba. Cf. *P.g. du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016 et *P.g. du Manitoba c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032.

¹⁶ En effet, les droits fondamentaux classiques et les droits sociaux sont consignés dans les deux instruments distincts suivants: le *Pacte relatif aux droits civils et politiques* adopté par l'Assemblée générale des N.U. le 16 déc. 1966 et entré en vigueur le 23 mars 1976 et le *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* adopté par la même Assemblée le 16 déc. 1966 également, mais entré en vigueur le 3 janvier 1976. Le Canada a adhéré à ces deux Pactes le 19 mai 1976 après avoir obtenu le consentement de chacun des gouvernements provinciaux.

En droit international, un seul document semble faire exception à la règle de la séparation des droits classiques et des droits sociaux. Il s'agit de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* du 10 déc. 1948. Ainsi, par exemple, y retrouve-t-on, avec la liberté d'opinion et d'expression (art. 19), le droit suivant à l'article 25 :

«Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté».

L'incorporation de droits de nature aussi différente dans un même document ne serait pas étrangère au fait que la *Déclaration universelle* n'a aucune force obligatoire à l'égard des États-membres de l'O.N.U. — il s'agit d'une pure déclaration de principes généraux — contrairement aux pactes précités qui, eux, lient les États qui y ont adhéré. Cf. M. BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, aux pp. 184 et suiv.

sition ouverte à une telle initiative. C'est le cas notamment des professeurs Chevrette¹⁷ et Tarnopolsky¹⁸ (juge à la cour d'appel de l'Ontario depuis juin 1983).

En décidant de conserver des droits sociaux et culturels dans la Charte canadienne comme ceux qu'on trouve à l'article 23, on faisait un acte de foi dans les possibilités du pouvoir judiciaire en droit constitutionnel canadien. En effet, constitutionnaliser des droits sociaux, c'est-à-dire des droits qui nécessitent, préalablement à leur exercice concret, une *participation active* du gouvernement ou du législateur, cela signifie, si ces droits ont un sens, que les tribunaux doivent pouvoir acculer littéralement un gouvernement ou un parlement à remplir des obligations positives qui n'ont rien de commun avec le paiement d'une somme quelconque lors d'une poursuite en dommages-intérêts.

Cette constatation nous conduit ainsi directement à une deuxième série de difficultés en ce qui concerne la mise en œuvre de l'article 23. Il s'agit du bouleversement de l'équilibre des pouvoirs publics suscité par la remise en question du rôle traditionnel de nos tribunaux en matière de droits sociaux.

2- LES DIFFICULTÉS RELIÉES AU BOULEVERSEMENT DE L'ÉQUILIBRE DES POUVOIRS PUBLICS

Plus que tout autre droit classique et fondamental inscrit dans la Charte, la mise en œuvre des droits linguistiques scolaires exige une révision profonde du rôle du pouvoir judiciaire par rapport aux pouvoirs politiques. La

¹⁷ «Si importants qu'ils soient, les droits économiques et sociaux ne sont pas au nombre de ceux pour lesquels on souhaite une reconnaissance constitutionnelle. C'est probablement à juste titre, dans la mesure où ils n'ont de sens que précisés par la loi ou le règlement, et qu'il n'est peut-être pas souhaitable, dans notre tradition juridique, de constitutionnaliser une disposition purement «programmative»: F. CHEVRETTE, «Uniformité et efficacité des garanties en matière de libertés publiques», (1979) 20 C. de D. 95, à la p. 109.

¹⁸ «Il faudrait toute une gamme de mesures de la part des législatures et des gouvernements ainsi que des individus et des sociétés afin d'assurer l'exercice de ces droits (sociaux): il serait impossible d'imposer ces mesures en recourant aux tribunaux. Il s'agit d'un genre de droits qui peuvent être proclamés comme buts ou objectifs dans un État donné. Toutefois, l'application de ces droits ne peut être assurée que par l'exercice du droit de vote et non par les tribunaux. Si on examine des droits collectifs comme ceux qui touchent la langue, la culture et l'éducation, il est nécessaire d'admettre les limites des garanties constitutionnelles. C'est une chose que de déclarer que l'anglais et le français seront les langues officielles du Canada: c'en est une autre que d'assurer la réalisation véritable d'un tel projet»: W.S. TARNOPOLSKY, «Les droits à l'égalité», dans Beaudoin et Tarnopolsky (éd.), *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson et Lafleur/Sorej, 1982, 553.

recherche des sanctions appropriées au cas d'absence ou d'insuffisance de mesures législatives ou réglementaires s'avérera, en effet, un travail périlleux et, pour tout dire, sans précédent. En présence de lois, de règlements ou de politiques sur la question, l'élaboration de critères judiciaires adéquats permettant d'en scruter la validité constitutionnelle n'ira pas de soi non plus. Tout en rappelant brièvement la réponse des tribunaux canadiens au rôle de protecteur des droits fondamentaux qui leur avait été proposé avant l'adoption de la Charte canadienne, on verra comment le contexte unique de la constitutionnalisation de droits sociaux risque d'entraîner une modification radicale de l'exercice ordinaire du contrôle judiciaire, tant à l'égard des parlements que des gouvernements.

1) LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DES PARLEMENTS

i) Avant la Charte canadienne

Jusqu'à présent, les tribunaux canadiens ont généralement fait preuve d'un certain conservatisme, pour ne pas dire d'un conservatisme certain, en matière de protection des droits et libertés de la personne. Qu'ils soient constitutionnalisés ou «quasi constitutionnalisés», selon l'expression classique du juge en chef Laskin¹⁹, le respect des droits et libertés par la voie du contrôle judiciaire signifie que les tribunaux doivent réévaluer les politiques mises de l'avant par l'exécutif ou le législatif. Or, les tribunaux canadiens ont toujours adopté comme règle de conduite que la sagesse des décisions politiques ne les concernait pas puisqu'elle est du ressort des élus²⁰. Il revient en effet à l'électorat de contrôler le bien-fondé des politiques gouvernementales au cours d'élections périodiques et non aux tribunaux, organes non élus et purement statutaires²¹, contrairement aux pouvoirs exécutifs et législatifs.

¹⁹ C'est dans *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 594 que le juge en chef Laskin a qualifié pour la première fois la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, App. III, de «document quasi constitutionnel». Il voulait ainsi indiquer que, bien que ne faisant pas partie de la Constitution formelle, la Déclaration en avait l'un des attributs majeurs: la primauté sur les autres lois fédérales.

²⁰ Comme l'affirment BRUN et TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, Cowansville, Yvon Blais, 1982, à la p. 526: «Les tribunaux ont maintes fois répété qu'il n'était pas de leur ressort de légiférer et qu'ils n'avaient qu'à interpréter et appliquer la loi telle qu'adoptée...» C'est précisément à cette attitude de retenue judiciaire que le juge Deschênes fait clairement allusion, lorsqu'il dit dans l'affaire *Québec Association of Protestant School Boards c. P.g. du Québec*, *supra*, note 13, à la p. 685: «Jusqu'à maintenant les Tribunaux canadiens ne se posaient pas en juges de la sagesse de la législation: ils respectaient le pouvoir ultime du Parlement en ce domaine (...).» Voir au même effet: *A.G. Ontario c. A.G. Canada*, [1912] A.C. 571, 583; *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889, 903 (J. Laskin); *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, 424-425 (J. Laskin).

²¹ On peut dire toutefois que, bien qu'elle doive son existence et tienne ses pouvoirs d'une simple loi fédérale, (cf. *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, c. S-19), la Cour

Cette attitude de réserve ou de retenue judiciaire, qui semble traditionnelle dans les systèmes de démocratie parlementaire basés sur le *Westminster Model*, est très fortement enracinée au Canada, cela ne fait aucun doute²². Il suffit de jeter un coup d'œil sur la jurisprudence rendue en vertu de la *Déclaration canadienne des droits*²³ de 1960 pour s'en rendre compte. À cette fin, deux brefs exemples suffiront.

— En matière d'égalité devant la loi, il y eut d'abord l'affaire *Drybones*²⁴ dans laquelle la Cour suprême déclarait en 1969 que le législateur fédéral ne peut pas traiter plus durement une personne ou un groupe de personnes à cause de sa race en les rendant punissables d'une infraction alors que les autres citoyens peuvent poser le même geste, en l'espèce l'enivrement dans un lieu public, en toute impunité.

Mais cette affaire *Drybones* qui amena les tribunaux à exercer un contrôle sur les politiques législatives fédérales ne fut qu'un bref intermède. Par la suite, la Cour suprême s'est référée à la *rule of law* en matière d'égalité, règle d'origine britannique qui consacre la suprématie du Parlement en matière législative et qui confine le contrôle judiciaire de la discrimination aux pratiques judiciaires et administratives²⁵.

— En matière de droits judiciaires ou de garanties juridiques, c'est-à-dire l'ensemble des garanties légales et procédurales accordées à toute personne arrêtée, détenue, accusée ou susceptible de le devenir, la situation n'est guère différente.

suprême du Canada est reconnue indirectement par la Constitution du Canada depuis l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En effet, les art. 41 d) et 42(1) d) de cette Loi, qui concernent les nouvelles formules de modification de la Constitution, protègent la Cour suprême contre toute modification unilatérale du législateur fédéral qui toucherait à ses caractéristiques essentielles. L'art. 41 d) stipule même qu'une modification à la composition du plus haut tribunal du pays nécessite l'accord *unanime* de toutes les assemblées législatives canadiennes. Sur l'interprétation de l'art. 42(1) d), voir BRUN et TREMBLAY, *op. cit.*, note 20, 370. *Contra*: P.W. HOGG, *Canada Act, 1982, Annotated*, Toronto, Carswell, pp. 92 à 94.

²² P.W. HOGG, par exemple, qui compte parmi les constitutionnalistes les plus respectés au Canada, plaide clairement en sa faveur dans *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1977, à la p. 434: "... in my view, the absence of political accountability, the background and experience of the people selected to be judges, and the inherent limitations of the Anglo-Canadian judicial process should signal caution in conferring increased political power on the courts; and, if the power is conferred, should signal restraint in its exercise".

²³ *Supra*, note 19.

²⁴ *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282.

²⁵ *P.g. du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349; *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693; *Bliss c. P.g. du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *Mackay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370.

On retiendra surtout à cet égard l'affaire *Curr*²⁶ dans laquelle la Cour suprême a refusé d'exercer un contrôle sur le fond de la législation fédérale par la voie de la clause de *due process of law* ou de l'application régulière de la loi²⁷. Si la Cour n'a pas fermé entièrement la porte à ce genre de contrôle, elle a indiqué clairement une réticence extrême à s'y prêter pour trois motifs principaux que je résumerais comme suit:

1) l'élaboration des politiques relève des élus dans un système démocratique de type parlementaire et non des tribunaux;

2) l'expérience américaine a démontré, entre les années 1900 et 1940 environ, combien il était dangereux pour les tribunaux de substituer leur propre jugement de valeur à celui du législateur en matière de garanties juridiques; et

3) le contrôle judiciaire des lois n'est pas souhaitable en l'absence de critères objectifs et opératoires pour y procéder.

Il est clair que la Cour suprême a été très fortement et très négativement influencée dans l'affaire *Curr* par l'expérience judiciaire américaine de la première moitié du 20^e siècle en matière de contrôle de constitutionnalité des lois basé sur le *Bill of Rights*. Il faut dire que les excès des tribunaux américains ont alors fini par créer une véritable crise constitutionnelle en invalidant plusieurs lois à portée sociale au nom de valeurs de liberté individuelle qui étaient diamétralement opposées à celles des élus²⁸.

Ainsi, des lois interdisant l'embauche d'enfants dans les usines et fixant un salaire minimum ou un nombre d'heures maximum de travail par semaine furent déclarées inconstitutionnelles parce que contraires aux conceptions personnelles des juges de la Cour suprême sur le droit de propriété et la liberté contractuelle en particulier²⁹.

En réaction à cette expérience malheureuse de nos voisins du Sud, la Cour suprême du Canada limitera à partir de 1972 l'exercice de son contrôle aux pratiques judiciaires et administratives, c'est-à-dire qu'elle se contentera

²⁶ *Supra*, note 20.

²⁷ Art. 1 a) de la *Déclaration canadienne des droits*, *supra*, note 19.

²⁸ E.S. CORWIN, *The Constitution and What it Means Today*, 14^e éd., Princeton, P.U.P., 1978, 387 et suiv.; W.S. TARNOPOLSKY, *The Canadian Bill of Rights*, 2^e éd., Toronto, McClelland and Stewart, 1975, pp. 222 et suiv.

²⁹ Voir par ex.: *Hammer c. Dagenhart*, (1918) 247 U.S. 251 (loi tentant d'éliminer l'embauche d'enfants dans les usines); *Adkins c. Children's Hospital*, (1923) 261 U.S. 525 (loi fédérale fixant un salaire minimum); *Lochner c. New York*, (1905) 198 U.S. 45 (loi fixant un maximum de 60 heures de travail par semaine).

de vérifier la légalité des actes posés par les agents chargés de l'application de la loi³⁰.

Il importe donc au premier chef de se demander dans quelle mesure la constitutionnalisation de la Charte peut avoir pour effet de modifier cette jurisprudence bien établie.

ii) Depuis la Charte canadienne

L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît clairement aux tribunaux le pouvoir de déclarer inopérante ou inconstitutionnelle toute loi fédérale ou provinciale incompatible avec les droits et libertés qu'elle énonce³¹. Cela, sans aucun doute, donne aux tribunaux une légitimité dont ils n'ont jamais bénéficié jusqu'à présent chez nous en ce qui concerne la

³⁰ En réalité, la Cour n'a jamais dit ouvertement qu'elle reniait sa décision de faire prévaloir la *Déclaration* sur les autres lois fédérales pour ainsi pouvoir exercer un contrôle judiciaire sur leur contenu. Les hésitations dont elle a sans cesse fait montre depuis *Curr* — d'ailleurs aucune disposition législative n'a jamais été déclarée inopérante parce que contraire à la *Déclaration* depuis — laissent plus d'un observateur songeur sur la valeur de précédent de l'affaire *Drybones*. Cf.: F. CHEVRETTE et H. MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M. 1982, 1268-1272; H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 20, 618-620; P.W. HOGG, *op. cit.*, note 22, 442.

Le contrôle judiciaire de la conformité des pratiques judiciaires et administratives à la *Déclaration* a donné des résultats plus intéressants. Cf.: *Lowry et Lepper c. La Reine*, [1974] R.C.S. 195 (droit à une audition avant la sentence reconnue); *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926 (droit à l'avocat avant l'administration du test de l'ivressomètre reconnu); *P.g. de l'Ontario c. Reale*, [1975] 2 R.C.S. 624 (droit à l'interprétation pendant tout le procès, y compris au moment de l'adresse du juge au jury, lorsque l'accusé ne comprend pas la langue du procès, reconnu); *Leiba c. Ministre de la Main-d'Oeuvre et de l'Immigration*, [1972] R.C.S. 660 (droit à l'interprétation reconnu).

³¹ L'art. 52 ne confère pas directement aux tribunaux le pouvoir de déclarer inopérante une loi incompatible avec une disposition constitutionnelle. Cet article, en effet, ne mentionne pas qui possède un tel pouvoir. Cependant, bien qu'aucune disposition constitutionnelle n'ait jamais confié aux juges le contrôle de la constitutionnalité des lois, ceux-ci l'ont assumé tout naturellement. Le respect des lois britanniques relatives aux anciennes colonies de l'empire dont la supériorité sur les lois des législatures canadiennes était stipulée dans le *Colonial Laws Validity Act, 1865*, 28-29 Vict., c. 63 (R.-U.), conservé au Canada par l'art. 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867* puis par l'art. 7 du *Statut de Westminster de 1931*, 22 Geo. V, c. 4 (R.-U.) pour fins de modification de la Constitution canadienne a d'abord commandé l'intervention des tribunaux. Le respect du principe fédéral lui-même les a ensuite tout naturellement appelés à jouer le rôle d'arbitre constitutionnel qu'ils ont effectivement assumé depuis 1867. Cf.: P.W. HOGG, *op. cit.*, note 22, 42 à 48. En précisant clairement quelle est la sanction d'une loi contraire à la Constitution du Canada, l'art. 52 vient donc confirmer définitivement le judiciaire dans le rôle de gardien de la Constitution qu'il s'est toujours reconnu sur la base d'autres principes ou d'autres textes constitutionnels.

protection des droits et libertés³². Cependant, cela suffira-t-il à les convaincre de jouer le rôle politique qui leur est désormais dévolu dans tous les cas?

Pour tenter de formuler une réponse à cette question, il faut d'abord voir en quels termes la question se pose concrètement en matière de droits linguistiques, c'est-à-dire dans le domaine singulier des droits sociaux.

Comme chacun le sait, le paragraphe (3) de l'article 23 de la Charte subordonne les droits à l'instruction dans la langue de la minorité à un critère numérique. Il se lit comme suit:

(3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province:

a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité;

³² Plusieurs décisions le confirment déjà de façon concrète, soit implicitement par l'analyse approfondie qu'elles font de la législation, soit explicitement en la déclarant carrément inopérante. Voir par ex.: *Black c. Law Society of Alberta*, (1983) 144 D.L.R. (3d) 439 (B.R. Alb.) et *Re Skapinker and Law Society of Upper Canada*, (1983) 145 D.L.R. (3d) 502 (C.A. Ont.) déclarant inopérants plusieurs articles du *Law Society Act* enfreignant l'art. 6; *R. c. Smith*, (1983) 5 W.W.R. 235 (C. prov. Alb.) et *R. c. Big M. Drug Mart*, (1983) 4 W.W.R. 54 (C. prov. Alb.) invalidant la *Loi sur le dimanche* jugée contraire à l'art. 2; *Re Southam and the Queen (No. 1)*, (1983) 146 D.L.R. (3d) 113 (C.A. Ont.) déclarant inopérant l'art. 12(1) de la *Loi sur les jeunes délinquants* qui enfreint la liberté d'expression et de presse en stipulant le huis clos obligatoire dans les procès des jeunes délinquants; *Law c. Solicitor-General of Canada*, (1983) 144 D.L.R. (3d) 54 (C.F.) jugeant inconstitutionnel l'art. 83 de la *Loi sur l'immigration* comme contraire aux principes de justice fondamentale de l'art. 7; *Reference Re Section 94(2) of the Motor Vehicle Act*, (1983) 4 C.C.C. (3d) 243 (C.A.C.-B.) invalidant ledit article parce que contrevenant également à l'art. 7 (voir spécialement en p. 246: "The Constitution Act, 1982, in our opinion, has added a new dimension to the role of the courts ..."); *Southam c. Hunter*, (1983) 3 C.C.C. (3d) 497 (C.A. Alb.) décidant que l'art. 10(1) et (3) de la *Loi sur les enquêtes sur les coalitions* viole la protection contre les perquisitions et saisies abusives de l'art. 8; *Regina c. Minardi*, (1983) 39 O.R. (2d) 464 (Cy. Ct.), *R. c. Stanger*, (1983) 26 A.L.R. (2d) 193 (C.A. Alb.), *R. c. Oakes*, (1983) 2 C.C.C. (3d) 339 (C.A. Ont.), *Regina c. Carroll*, (1983) 4 C.C.C. (3d) 131 (C.S. Î.P.-É.), *R. c. Mudford*, (1983) 40 O.R. (2d) 626 (Cy. Ct.) et *Re Boyle and the Queen*, (1983) 5 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.) déclarant que la présomption d'innocence a été violée par l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, l'art. 4(2) de la *Loi sur les aliments et drogues* ou l'art. 312 C. cr.; *Regina c. S.B.*, (1983) D.L.R. (3d) 339 (C.S.C.-B.) jugeant sans effet l'art. 3 de la *Loi sur les jeunes délinquants* qui empêche un jeune d'avoir un procès avec juge et jury contrairement à l'art. 11f; *Q.A.P.S.B. c. P.G. du Québec*, *supra*, note 13 déclarant le chap. VIII de la *Charte de la langue française* inconstitutionnel vu son incompatibilité avec l'art. 23 (cf. p. 685 en particulier); *Re Reynolds and A.-G. of B.C.*, (1983) 143 D.L.R. (3d) 365 (C.S.C.-B. rendant inopérant l'art. 3(1)b) de la loi électorale de C.-B. au motif qu'empêcher un individu en période de probation de voter constitue un déni de l'art. 3.

b) comprend, *lorsque le nombre de ces enfants le justifie*, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics. (Les italiques sont bien sûr les miens).

Ainsi, selon le sous-paragraphe a), il faut un certain nombre d'enfants pour justifier *un enseignement* dans la langue de la minorité. Il peut s'agir ici d'ouvrir une classe dont les cours se donnent en français à l'intérieur d'une école anglaise. Il faut également un certain nombre d'enfants pour justifier la mise sur pied d'«établissements d'enseignement» de la minorité linguistique.

Le sous-paragraphe b) implique donc au minimum le droit à des écoles entièrement françaises et au maximum le droit à la gestion de ces écoles par la minorité, c'est-à-dire le droit à des conseils scolaires distincts. Bien que les mots «établissements publics» peuvent signifier une «personne morale administrative chargée de gérer un service public ... (ex.:) établissement scolaire»³³, la possibilité que l'article 23 confère aux minorités linguistiques un droit à des conseils scolaires bien à eux ne semble pas avoir été directement envisagée au cours des débats parlementaires sur le projet de charte. Toutefois, devant un libellé ambigu la Cour d'appel d'Ontario, qui étudie actuellement la question par suite d'un renvoi commandé par le gouvernement de cette province, pourrait et devrait, conformément à une règle d'interprétation constitutionnelle solidement établie³⁴, opter pour l'interprétation la plus généreuse possible de l'article 23. D'autant plus que la version anglaise et les déclarations du ministre parrain du projet de charte en cours de débats, M. Chrétien, ne s'y opposent nullement³⁵.

L'article 23 crée donc, comme son titre l'indique, non pas un mais des droits linguistiques. Or le critère numérique auquel est assujéti chacun de ces droits fait incontestablement de ceux-ci des droits collectifs. En effet, sans l'existence d'un groupe suffisamment nombreux d'individus, ces droits n'existent tout simplement pas³⁶. Ceci est assez inhabituel en droit

³³ *Le Petit Robert*, 1981, p. 697-698.

³⁴ *Edwards c. A.G. of Canada*, (1930) A.C. 124, 136; *Minister of Home Affairs c. Fisher*, (1980) A.C. 319, 329. La plupart des arrêts rendus sur la Charte canadienne font appel directement ou indirectement aux principes d'interprétation évolutive et généreuse dégagés par ces deux décisions du conseil privé en matière constitutionnelle. À titre d'exemple, voir, outre les décisions déjà citées, *supra*, note 32: *R. c. Antoine*, (1983) 41 O.R. (2d) 607, 613 (C.A. Ont.); *R. c. Currie*, (1983) 4 C.C.C. (3d) 217, 221 (C.A.N.-É.); *Re Potma and the Queen*, (1983) 2 C.C.C. (3d) 383, 391 (C.A. Ont.). En doctrine, voir: D. GIBSON, «L'interprétation de la charte canadienne...», in Beaudoin et Tarnopolsky (éd.), *op. cit.*, note 18, aux pp. 31 et suiv.

³⁵ J.E. MAGNET, «Minority-Language Educational Rights», (1982) 4 *S. Ct. L. Rev.* aux pp. 209 à 211.

³⁶ Le juge Deschênes a malgré tout refusé de sanctionner le caractère collectif des droits à l'instruction reconnus à l'article 23 dans l'affaire *Quebec Association of Protestant School*

constitutionnel canadien³⁷. Par ailleurs, l'article 23 ne fixe aucunement le nombre d'enfants requis pour que les droits prévus soient reconnus.

Dès lors, on peut envisager plusieurs attitudes possibles de la part des législateurs visés³⁸. (Je limiterai mon propos aux provinces anglophones à l'exception du Nouveau-Brunswick³⁹ puisque, comme au Québec⁴⁰, le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité ne semble pas subordonné en pratique à une quelconque loi du nombre). Ainsi, les législateurs provinciaux concernés peuvent prendre les devants en adoptant une loi qui précise le

Boards c. P.g. du Québec, *supra*, note 13, aux pp. 691 à 693. L'opinion du savant juge doit cependant être lue dans le contexte dans laquelle elle a été livrée. En effet, le magistrat a cru déceler dans l'argumentation du procureur général du Québec l'avis que les droits collectifs devaient primer sur les droits individuels. Comme il voulait réfuter cette thèse, il lui fallait absolument commencer par qualifier l'article 23 de droit individuel. Autrement, le conflit aurait mis en cause deux droits collectifs, soit ceux de la minorité anglophone, telle que cette minorité est restrictivement circonscrite par l'art. 23(1) et (2) de la Charte constitutionnelle et ceux de la minorité anglophone, telle qu'elle est autrement définie par le ch. VII de la *Charte de la langue française*. Ce qui paraissait être davantage la véritable optique du procureur du Québec. Voir: J.-P. PROULX, «Droits individuels et droits collectifs», *Le Devoir*, 2 oct. 1982, p. 17.

³⁷ L'art 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui reconnaît des droits confessionnels dans le domaine de l'éducation semble être un autre cas de droits collectifs. Cf.: G.A. BEAUDOIN, *Le partage des pouvoirs*, 2^e éd., Ottawa, éd. de l'Université d'Ottawa, 1982, 217: «L'article 93 garantit des droits collectifs. C'est en tant que groupes ou membres de groupes qu'on peut les invoquer. C'est là un des rares exemples de droits collectifs dans notre Constitution».

³⁸ Ce sont bien sûr les législatures provinciales qui ont compétence exclusive en matière d'éducation selon l'art. 93 *L.C. de 1867* puisque l'art. 31 *L.C. de 1982* prend soin de préciser que la Charte canadienne des droits n'a pas pour effet d'élargir les compétences législatives d'aucun des deux ordres de gouvernement.

³⁹ *Infra*, note 41.

⁴⁰ L'art. 79 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11 stipule ainsi qu'un organisme scolaire qui ne donne pas déjà l'enseignement en anglais, ne peut le dispenser sans avoir au préalable obtenu l'autorisation du ministre de l'éducation. Or celui-ci n'accorde son autorisation que «s'il est d'avis qu'elle est justifiée par le nombre d'élèves qui relèvent de l'organisme et qui sont admissibles à l'enseignement en anglais en vertu de l'article 73». La loi paraît toutefois beaucoup moins généreuse qu'elle ne l'est en réalité puisqu'à ce jour, tous les anglophones du Québec admissibles à l'enseignement en anglais, (80% d'entre eux sont d'ailleurs regroupés dans la région montréalaise), le reçoivent effectivement. Ceci est dû, entre autres, au fait que l'art. 79 de la Charte, «pour assurer l'enseignement en anglais à tout enfant qui y aurait été déclaré admissible», oblige les commissions scolaires à conclure des ententes entre elles, conformément à l'art. 450 de la *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., c. I-14. Cet article prévoit ainsi que lorsqu'un enfant doit être déplacé dans un autre district scolaire pour pouvoir recevoir un enseignement en anglais, ce transfert se fait aux frais de la commission scolaire qui se défait de l'un de ses élèves. Voir à ce sujet l'étude à paraître de Pierre CARIGNAN et Jean-Pierre PROULX sous l'égide du Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal. Voir aussi les notes du juge Deschênes à la p. 704 dans *Q.A.P.S.B. c. P.g. Québec*, *supra*, note 13.

nombre d'enfants requis soit pour recevoir un enseignement en français, soit pour avoir droit à une école ou à un conseil scolaire de la minorité.

Cette première hypothèse correspond déjà à la réalité dans plusieurs provinces, du moins en ce qui concerne le droit à un «enseignement» en français⁴¹. Il semble que les tribunaux se retrouvent alors dans la même

⁴¹ À part la Colombie-Britannique et Terre-Neuve, toutes les législatures provinciales ont déjà adopté certaines dispositions sur les langues d'instruction dans leur territoire. Dans la majorité des cas, comme on peut le constater ci-après, la législation se limite à fixer les conditions d'accès à un enseignement en français par la création d'une classe française dans une école anglaise. Il est moins fréquent que l'on envisage la possibilité de donner le droit à l'instruction en anglais dans une école de langue française. On remarquera en outre comme les conditions fixées varient d'une province à l'autre: le nombre d'étudiants requis pour ouvrir une classe en français oscille, lorsqu'il est déterminé, entre 25 étudiants par année et 25 étudiants pour trois années consécutives (c'est-à-dire 8 par année environ); parfois, la fixation de ce nombre relève du pouvoir discrétionnaire du conseil scolaire, du ministre de l'Éducation ou encore du gouvernement; d'autres conditions variables et relevant d'un pouvoir administratif ou réglementaire sont parfois prévues également (cf. *infra*, note 45):

- En Alberta, on dissipe tout doute en déclarant d'abord que l'anglais est la langue d'instruction dans cette province. La décision de fournir un enseignement en français est entièrement remise entre les mains des conseils scolaires. La loi elle-même ne fixe aucune norme préalable auxquelles ceux-ci pourraient se référer. Cf. *infra*, note 45.
- Au Manitoba, le français et l'anglais sont les deux langues d'instruction. Un conseil scolaire «doit» créer une classe française dans une école lorsque les parents de 23 élèves ainsi regroupables en font la demande. Le ministre de l'Éducation, qui est assisté d'un conseil purement consultatif (*Languages of Instruction Committee*), conserve le pouvoir discrétionnaire de demander à un conseil scolaire de faire une classe de langue française même lorsque le nombre d'élèves dans cette classe est inférieur à 23. Dans ce dernier cas, la loi autorise également les conseils scolaires à conclure des ententes de manière à pouvoir ouvrir une classe française en regroupant 23 élèves francophones de districts différents. Des dispositions réglementaires dictent qu'elle est la langue d'administration d'une école dans laquelle se trouvent des classes françaises. Cf. *The Public Schools Acts*, S.M. 1980 c. 33, art. 79; *Manitoba Regulations* 5/81, *Man. Gaz.*, vol. 110, no. 4, 1981, 9.
- En Saskatchewan, la loi stipule que l'anglais est la langue d'instruction dans la province mais que le français peut l'être aussi si un conseil scolaire adopte une résolution à cet effet. La discrétion du conseil est toutefois encadré par des règlements du lieutenant-gouverneur en conseil (*infra*, note 45). Cf. *The Education Act*, S.S., c. E-0.1, art. 180.
- En Ontario, un conseil scolaire, public ou séparé, «doit» ouvrir une classe de langue française à l'élémentaire lorsque 25 élèves peuvent ainsi être regroupés. Au secondaire, ce nombre est porté à 20. La loi prévoit cependant l'existence d'écoles de langue française. Qu'il s'agisse d'une école élémentaire ou secondaire, c'est le conseil qui détermine si le nombre d'élèves est suffisant pour justifier l'existence d'une telle école, mais seulement après avoir obtenu l'avis du *French Language Advisory Committee* composé majoritairement de francophones. De plus, s'il y a désaccord entre un conseil scolaire et ledit Comité sur l'opportunité d'ouvrir une école, il peut y avoir appel à la *Languages of Instruction Commission*. Les cinq membres de cette commission sont nommés par le gouvernement et au moins deux doivent être francophones. La Commission pourra alors trancher elle-même la question ou demander à des médiateurs de rapprocher les parties avant de prendre sa décision. Cf. *Education Act*, R.S.O. 1980. c. 129, art. 258 à 278.

situation que pour un droit fondamental classique dans le sens qu'ils peuvent exercer un contrôle de constitutionnalité sur quelque chose de tangible: une mesure législative existe et ils peuvent en évaluer la validité constitutionnelle.

Une différence de taille viendra toutefois compliquer le rôle des tribunaux.

Les droits scolaires de l'article 23 ne sont pas définis ou simplement énoncés sans restriction, à l'instar de la liberté d'expression par exemple. Au contraire, ces droits sont conditionnels à une évaluation politique préalable d'un nombre suffisant d'enfants pour justifier la prestation sur les fonds publics de la province d'un enseignement ou même d'établissements d'enseignement dans la langue française.

Dès lors, nos juges devront faire face à certaines questions épineuses: quels critères devront-ils utiliser pour vérifier si le nombre fixé par une législation est respectueuse de la norme de «suffisance» posée à l'article 23 de la Charte? Pour être suffisant, le nombre d'enfants doit-il être calculé sur une

-
- Le Nouveau-Brunswick a procédé en 1981 à la restructuration de son système scolaire afin d'enrayer le phénomène très problématique des écoles dites «bilingues» qui existaient auparavant en vertu de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, L.R.N.-B., c. 0-1, art. 12. Dorénavant, les écoles bilingues forment l'exception parce que les districts scolaires sont divisés sur une base linguistique. La minorité francophone a donc droit à des écoles et à des conseils scolaires dans sa langue. La nouvelle législation précise en outre que le Ministre conserve le pouvoir d'établir un conseil scolaire francophone dans tout district scolaire anglophone où il n'y en a pas déjà. Il a même l'obligation de le faire lorsque les parents de 30 enfants de niveau élémentaire résidant dans le district visé lui en font la demande. Enfin, lorsque le Ministre n'est pas forcé d'agir, un conseil scolaire local «peut prévoir pour des personnes parlant l'autre langue officielle des classes ou des écoles où la langue d'enseignement est l'autre langue officielle» (art. 3.2). Cf. *Loi scolaire*, L.R.N.-B. 1973, c. S-5, art. 3.1 à 3.3, 17 et 18.1 mod. par L.N.-B. 1981, c. 71, art. 3, 7 et 8.
 - À l'Île-du-Prince-Édouard, la loi prévoit qu'un groupe de parents peut demander que leurs enfants soient instruits en français s'ils répondent aux règlements qui fixent le nombre minimum d'élèves pour ce faire (*infra*, note 47). Cf. *School Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. S-2.
 - En Nouvelle-Écosse, la loi ne fixe pas non plus le nombre requis d'élèves pour qu'il y ait exercice d'un droit linguistique à l'école. Le pouvoir de préciser ce nombre est délégué au gouvernement (*infra*, note 45). Cf. *Education Act*, C.S.N.S., c. E-2, art. 5(aa).

Pour une étude succincte de la situation scolaire des minorités francophones sur un plan plus factuel (par ex.: nombre d'étudiants inscrits, fonctionnement des programmes d'enseignement, etc.), voir: A. MONNIN, «L'égalité juridique des langues et l'enseignement: les écoles françaises hors-Québec», (1983) 24 *C. de D.* 157 et les Rapports annuels du Commissaire aux langues officielles de 1981 (cf. p. 42 à 47) et de 1982 (cf. p. 35 à 39) en particulier. Pour une étude détaillée des aspects tant factuels que juridiques de la question, voir l'excellente thèse de maîtrise en droit de J. ANDERSON, *Effect of the Charter of Rights and Freedoms on School Legislation*, aux pp. 89 à 134, soutenue avec succès à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa au mois de janvier 1984.

base locale, régionale ou encore provinciale? (Selon qu'il s'agit de la demande d'un enseignement, d'une école ou d'un conseil scolaire, la base de calcul ne peut sans doute pas être la même). Eu égard au principe d'égalité énoncé à l'article 15, est-il acceptable que le nombre suffisant soit variable d'une province à l'autre?

Ces questions interreliées démontrent assez que l'élaboration judiciaire de critères opératoires afin de déterminer l'applicabilité des droits stipulés à l'article 23(3) constituera un travail non pas insurmontable, mais des plus complexes. Je n'ai pas la prétention ici d'apporter dans l'abstrait des réponses satisfaisantes à ces interrogations et à bien d'autres auxquelles les tribunaux seront confrontés à l'occasion de l'étude de cas très concrets.

L'objet de cet article est beaucoup plus modeste. Il est circonscrit au problème suivant, plus spécifique mais néanmoins capital: en quoi pourra consister le remède approprié si une cour de justice en arrive à la conclusion qu'une province a enfreint l'article 23, soit par l'adoption d'une mesure trop restrictive, soit par défaut d'être intervenue par législation ou autrement afin que deviennent réalité les droits à l'instruction garantis par la Charte.

Considérons, à cet égard, l'éventail des sanctions offertes par l'article 24 de la Charte à partir de cas précis. Il se peut tout d'abord qu'une province ait légiféré en fixant le nombre d'enfants requis par l'article 23(3)a) de façon arbitraire, sans s'appuyer sur des données objectives par exemple. Les tribunaux en arriveraient vraisemblablement à la conclusion que l'article 23 a été violé.

Dans ces circonstances, une déclaration d'inconstitutionnalité n'aiderait en rien la minorité. En effet, ce dont celle-ci a besoin, c'est d'une norme juridique raisonnable et non du néant juridique que provoquerait un tel jugement. Un tribunal pourrait-il ordonner à la législature de modifier la loi en s'appuyant sur des critères moins arbitraires? Une telle ordonnance aurait sans doute un impact considérable, mais au point de vue juridique, elle risquerait dans certaines provinces peu empressées de lui donner suite, de rester lettre morte. En effet, comment réussir à faire exécuter une ordonnance judiciaire contre une législature obstinée? Une telle question n'appelle aucune réponse satisfaisante et mène à un cul-de-sac certain.

Le remède approprié consisterait vraisemblablement à fixer par jugement le nombre requis d'enfants pour avoir droit aux bénéfices de l'article 23. Ce faisant, les tribunaux feraient alors carrément office de législateur. Or, au nom de la théorie de la séparation des pouvoirs et de la séparation des fonctions qui s'ensuit, les juges ont pratiquement toujours refusé de jouer un

rôle aussi nettement législatif même en matière constitutionnelle⁴². Pourtant, on voit mal ici, si l'article 23 doit avoir un sens, comment les tribunaux pourront échapper à cette tâche si les législateurs provinciaux font preuve du manque de volonté politique nécessaire à la mise en application de cette disposition constitutionnelle. L'article 24 leur donne en tout cas un pouvoir et une latitude beaucoup plus grands qu'auparavant en matière de sanctions⁴³.

Il peut arriver aussi qu'un législateur provincial concerné n'adopte aucune disposition législative fixant *a priori* le nombre d'enfants requis pour que la minorité francophone jouisse d'un des droits prévus à l'article 23. C'est d'ailleurs l'attitude adoptée généralement par les provinces anglophones en ce qui concerne le droit à des «établissements d'enseignement» de langue française⁴⁴.

L'émission d'une injonction *mandatoire* et non simplement *négoaire* contre une législature paraissant exclue en contexte canadien, il me semble que les tribunaux pourraient alors éviter la question de leur rapport avec le pouvoir législatif en considérant que la fixation de ce nombre d'enfants relève du pouvoir exécutif ou administratif sur lequel, compte tenu de la *rule of law*, l'exercice du contrôle judiciaire leur semble plus naturel.

b) LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DES GOUVERNEMENTS

Dans ce contexte, au moins deux scénarios opposés sont susceptibles de se produire. Le législateur concerné peut avoir décidé de déléguer les responsabilités qui lui incombent en vertu de l'article 23 à une autorité gou-

⁴² *Supra*, note 20.

⁴³ C'est du moins l'avis exprimé en ces termes par le juge Greenberg dans l'arrêt *R. c. Vermette*, (1982) 30 C.R. (3d) 129 (C.S. Qué.) à la p. 153: «Généralement, les tribunaux ne sont point disposés à innover. Ils préfèrent, si et quand nécessaire, bâtir peu à peu sur des précédents. Par ailleurs, la Charte les invite, voire exige, quand ces dispositions s'appliquent, à prendre des pas nouveaux et parfois, si nécessaire, même audacieux». Voir dans le même sens: P.W. HOGG, *op. cit.*, note 21, à la p. 65; D. GIBSON, «Application de la Charte», dans Beaudoin et Tarnopolsky (éd.), *op. cit.*, note 18, 634 et suiv.; M. MANNING, *Rights, Freedoms and the Courts*, Toronto, Edmond-Montgomery, 1983, par. 547. Il faut dire toutefois que, même avec la Charte, les tribunaux ne se sentent pas tous automatiquement autorisés à devenir créateurs de droit. Ainsi, la Cour d'appel d'Alberta, tout en déclarant deux dispositions de la *Loi sur les enquêtes sur les coalitions*, R.S.C. 1970, c. C-23, dans *Southam c. Hunter*, *supra*, note 32, a tenu à préciser qu'il n'était pas du ressort des tribunaux de refaire la loi contestée de manière à la rendre compatible avec la Charte: "... it would be a departure from the established tradition of separation of functions for the court to promulgate a set of rules to effect a purpose not expressed or clearly implied in the Act" (p. 514). Voir aussi au même effet: *Southam and the Queen (No 1)* et *R. c. Oakes* de la Cour d'appel d'Ontario, *supra*, note 32.

⁴⁴ Voir *supra*, note 41.

vernementale ou administrative. Il peut aussi avoir choisi de ne rien faire du tout, c'est-à-dire de rester complètement silencieux à cet égard.

i) *La loi délègue ses responsabilités linguistiques*

Ici, plusieurs situations peuvent se présenter. La reconnaissance de l'un des droits linguistiques prévus à l'article 23 de la Charte peut être confiée au gouvernement provincial lui-même, à l'un de ses ministres, au conseil scolaire ou à plusieurs de ces autorités à la fois. Et du point de vue formel, les conditions d'ouverture d'une classe ou d'une école françaises seront déterminées par règlement ou par simple décision administrative⁴⁵.

⁴⁵ Voici quelques exemples de délégation législative:

- En Saskatchewan, la loi (*supra*, note 41) précise que le conseil scolaire ne peut permettre certains enseignements en français qu'en conformité des règlements. C'est donc le gouvernement, et non le législateur, qui fixe les conditions d'accès à l'instruction en français. Ainsi, le règlement prévoit qu'un conseil scolaire «peut» implanter des classes où l'instruction se fait entièrement (programme de type A) ou partiellement (programme de type B, soit de 50% à 80%) en français dans une de ses écoles (anglaises) si, au préalable, il a présenté une requête à cet effet au ministre de l'Éducation. Le conseil a cependant l'obligation de présenter une telle requête lorsqu'un groupe de parents représentant au moins 15 enfants de même niveau scolaire en font la demande ou encore si le «*Board of Trustees*», un groupe de conseillers élus parallèlement aux membres du conseil scolaire, recommande qu'un programme d'enseignement en français soit donné dans une école. Sur réception de la requête, le ministre «peut» recommander au gouvernement le programme de français demandé s'il est d'avis que ce programme peut être maintenu pendant au moins trois ans. Pour que la minorité francophone jouisse du droit à une école entièrement dans sa langue, il faut donc qu'il y ait prestation de programmes français de type A dans chaque classe et à chaque niveau d'études de ladite école. Cf. *Sask. Reg.* 116/81, (1981) 77 *Sask. Gaz.* III, 369.
- En Alberta, un conseil scolaire «peut» autoriser un enseignement en français dans une de ses écoles anglaises et engager le personnel requis à cette fin. Le droit à l'enseignement en français est donc laissé à l'appréciation discrétionnaire du conseil scolaire sous les réserves suivantes. Premièrement, le conseil devra se conformer préalablement à la réglementation du ministère de l'Éducation. Celle-ci précise qu'un conseil ne peut offrir d'enseignement en français à moins d'avoir conservé certains cours d'anglais et d'avoir pris des dispositions satisfaisantes, selon le Ministre, quant aux étudiants anglophones susceptibles d'être déplacés par l'établissement d'un tel programme. Deuxièmement, la loi a prévu la création de *Local Advisory Boards* (L.A.B.), lesquels peuvent exercer des pressions sur les conseils scolaires en leur faisant la demande de programmes d'enseignement en français dans certaines écoles. Dans ce cas, la discrétion des conseils est atténuée puisque la loi les oblige alors à donner suite à l'avis du L.A.B. «*as soon as it is practicable to do so*». Cf. *School Act*, S.A. 1980, c. S-3, art. 27, 158 et 159; *Alberta Regulations* 250/76, (1976) 72 *Alta Gaz.* II, 1039.
- À l'Île-du-Prince-Édouard, la loi (*supra*, note 41) stipule qu'un enseignement en français ne peut être accordé que selon les règlements du gouvernement. Ledit règlement distingue deux niveaux d'étude. 1° Entre la 1^{re} et la 9^e année, on y dit qu'un conseil scolaire régional «doit» fournir un enseignement en français lorsque 25 élèves peuvent être regroupés dans trois années d'étude consécutives pendant trois ans et que les parents de ces élèves en font

Dès lors, certaines questions nouvelles se posent. Le pouvoir judiciaire peut-il annuler la décision ou le règlement parce qu'ils lui paraissent irréalistes ou parce que le gouvernement aurait pu être plus généreux? En somme, les tribunaux pourront-ils se prononcer sur le mérite de la décision ou du règlement? Le contrôle judiciaire de l'activité administrative ne va pas normalement aussi loin⁴⁶. Toutefois, puisqu'il s'agit ici de vérifier la conformité de cette activité non pas aux règles de droit administratif mais à la constitution, les tribunaux devront développer des critères leur permettant de se prononcer sur le fond, c'est-à-dire sur le bien-fondé d'une décision ou d'un règlement eu égard à l'exigence du «nombre suffisant» d'élèves posée par la Charte⁴⁷.

Mais alors, si la décision ou le règlement sont jugés non conformes à l'article 23, la question de la sanction appropriée refait surface. Encore une fois, leur nullité n'avancera en rien la cause des minorités francophones. Le tribunal devra-t-il ordonner à l'autorité compétente de réévaluer la situation et d'adopter un nouveau règlement ou devra-t-il fixer le nombre lui-même?

En ce qui concerne le gouvernement, la première solution qui, en fait, relève de l'injonction *mandatoire* (ordonnant de faire et non simplement de

la demande. Il suffit donc de pouvoir faire des classes de 8 élèves environ par année au moment de la demande pour qu'un conseil scolaire soit forcé de les ouvrir. En outre, l'expérience doit persister durant trois ans au moins, même si le nombre d'élèves diminue. Par ailleurs, si, au départ, le nombre d'élèves est insuffisant, un conseil scolaire peut quand même, à sa discrétion, offrir un enseignement en français dans une de ses écoles. S'il n'en décide pas ainsi, il doit faire les arrangements requis pour que l'étudiant intéressé soit transporté vers une autre école où se donne un enseignement en français. 2° À partir de la 10^e année jusqu'à la fin du secondaire, le règlement ne fixe pas de norme précise. Un conseil scolaire ne doit ouvrir une classe en français dans l'une de ses écoles que s'il considère qu'un nombre suffisant d'élèves de même niveau le justifie. Autrement, il faudra diriger ces élèves vers une autre école. Cf. *School Act Regulations, Reg. of P.E.I. II*, 1581, art. 5.31 à 5.34.

— En Nouvelle-Écosse, la loi en vigueur, qui date de 1981, délègue au gouvernement le pouvoir d'ouvrir une «école acadienne» si deux conditions sont remplies, soit la réception d'une demande à cet effet par un conseil scolaire et la recommandation du ministre de l'Éducation que «le nombre le justifie». Le droit à une école française est donc assujettie à l'exercice de trois discrétions. Cf. *Education Act, C.S.N.S.*, c. E-2, art. 5(aa).

⁴⁶ Les tribunaux exercent leur pouvoir de surveillance sur le règlement ou la décision «déraisonnables», «arbitraires» ou «abusifs». Mais comme l'expliquent PEPIN et QUELLETTE dans *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1982, aux pp. 130 à 134 et 260 à 266, ces qualificatifs ne permettent pas aux juges de se prononcer sur le mérite ou sur le bien-fondé d'une décision ou d'un règlement. Ils servent uniquement à contrôler la façon dont l'administration s'y est prise pour en arriver à l'acte posé.

⁴⁷ Bien entendu, des critères de contrôle judiciaire devront être parallèlement élaborés en rapport avec la norme d'égalité de l'art. 15. Ce qui ne sera pas de nature à faciliter la tâche des juges.

ne pas faire), se heurte à l'obstacle de l'immunité de la Couronne provinciale et de ses mandataires au Canada. Les tribunaux, en vertu de cette immunité d'origine jurisprudentielle mais confirmée législativement de nos jours dans toutes les provinces⁴⁸, n'ont pas le pouvoir d'ordonner au gouvernement ou à l'un de ses ministres, par injonction ou mandamus, d'exercer leurs pouvoirs, surtout s'ils sont de nature discrétionnaire⁴⁹. Compte tenu de son article 32, la Charte canadienne s'applique au gouvernement de chaque province de même qu'au gouvernement fédéral. On peut dès lors se demander si les lois provinciales immunisant leurs gouvernements contre certains recours extraordinaires sont toujours valables.

Dans le cas d'actions clairement inconstitutionnelles que tenterait de poser un gouvernement, la Cour suprême a déjà eu l'occasion de déclarer que l'immunité ne pouvait jouer⁵⁰. Un gouvernement ne peut, en effet, tenter d'échapper au contrôle judiciaire de constitutionnalité.

Mais telle n'est pas la situation qui se produirait dans le cas d'une décision rendue en vertu de l'article 23. Ayant déclaré la décision ou le règlement inopérants, un tribunal requerrait non pas que le gouvernement ou l'un de ses ministres s'abstienne d'agir, mais bien qu'il pose un geste concret en modifiant son règlement ou sa décision ou encore en en adoptant un autre. Dans un tel cas, qui est propre à la nature d'un droit social, la question de l'immunité de la Couronne pourrait donc soulever des difficultés sérieuses. En effet, les immunités dont jouit chaque gouvernement proviennent à l'origine des prérogatives royales reconnues par la *common law*, c'est-à-dire qu'elles existent en l'absence de toute reconnaissance législative. En d'autres

⁴⁸ Alberta: *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.A. 1980, c. P18, art. 17; Colombie-Britannique: *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1979, c. 86, art. 11; Manitoba: *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.M. 1970, c. P140, art. 17; Saskatchewan: *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.S., c. P27, art. 17; Nouveau-Brunswick: *Loi sur les procédures contre la Couronne*, L.R.N.-B. 1973, c. P18, art. 14; Terre-Neuve: *Proceedings Against the Crown Act*, S.N.F.L.D., 1973, c. 59, art. 17; Nouvelle-Écosse: *Proceedings Against the Crown Act*, C.S.N.S., c. P-29, art. 15; Île-du-Prince-Édouard: *Crown Proceedings Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. C31, art. 15; Ontario: *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.O. 1980, c. 393, art. 18; Québec: *Code de procédure civile*, art. 94.2 et 100.

⁴⁹ Les francophones de la Saskatchewan ont appris à leurs dépens la dure réalité de cette règle. Comme on le sait, (*supra*, notes 37 et 47), l'octroi d'un enseignement en français dans cette province relève ultimement de l'exercice, par le ministre, d'un pouvoir discrétionnaire. S'appuyant sur l'affaire *Re Central Canada Potash and Minister of Mineral Resources of Saskatchewan*, (1973) 32 D.L.R. (3^d) 107, confirmé en C.S.C. in (1973) 38 D.L.R. (3^d) 317, la Cour d'appel de Saskatchewan a refusé d'accorder un mandamus contre le ministre de l'Éducation parce que la loi lui accordait un pouvoir discrétionnaire, lequel n'est pas soumis au contrôle judiciaire: *Saskatchewan ex rel. Leblanc c. Board of Education*, (1981) 6 S.R. 113; permission d'appel refusée par la C.S.C.: (1981) 9 S.R. 88.

⁵⁰ *Amax Potash c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576.

termes, un gouvernement ne détient pas ses pouvoirs, privilèges et immunités de prérogative du parlement mais bien du souverain britannique lui-même⁵¹ qui, dans notre régime de monarchie constitutionnelle désormais hyperenchâssée⁵², demeure le chef de l'État canadien et le chef de l'exécutif de chaque ordre de gouvernement⁵³.

En ce sens, on pourrait prétendre que les pouvoirs et immunités de prérogative ne sont pas visés par l'article 32 de la Charte puisque celui-ci circonscrit le domaine d'application de la Charte «à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines *relevant de cette législature*». Cette formulation exclurait l'immunité de prérogative puisqu'elle relève non pas du législatif mais de l'exécutif.

On peut douter de ce genre d'argumentation pour plusieurs raisons. D'abord, puisqu'un parlement peut légiférer pour limiter ou même abroger les prérogatives de l'exécutif⁵⁴, ces dernières constituent un «domaine» sur lequel la législature a autorité (*"matters within the authority of the legislature"*). Le texte anglais, qui ne parle pas de l'origine du domaine de compétence mais de l'étendue de l'autorité législative des parlements canadiens, m'apparaît plus généreux. On devrait donc y avoir recours en matière constitutionnelle et, *a fortiori*, pour l'interprétation d'une charte de droits fondamentaux⁵⁵.

En deuxième lieu, on peut se poser la question suivante: comme chaque parlement provincial a résolu de reconnaître législativement à sa Couronne une immunité contre l'exécution forcée qu'elle détenait originellement par le biais de la prérogative, s'agit-il toujours d'une immunité de prérogative? Ne s'agit-il pas plutôt d'un pouvoir ou d'une immunité statutaires, lesquels sont clairement visés par le mot «législature» à l'article 32? Je suis fortement enclin à le penser puisque, comme l'a justement exprimé un auteur, la prérogative royale, «c'est le résidu des pouvoirs du souverain du Moyen-Âge encore reconnus au Souverain constitutionnel des temps modernes par le

⁵¹ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, Oxford, Clarendon Press, 1765, 232 (réimprimé en 1966 par Layston Press, New York).

⁵² On ne peut, en effet, modifier la charge de la Reine et de ses représentants légaux sans obtenir le consentement *unanime* de toutes les assemblées législatives provinciales et fédérales. Rien de moins! Cf. art. 41a) *Loi constitutionnelle de 1982*.

⁵³ Art. 9 et 58 *Loi constitutionnelle de 1867*; *Liquidators of the Maritime Bank c. Receiver General of N.B.*, [1892] A.C. 47.

⁵⁴ *British Coal c. R.*, [1935] A.C. 500; *Bonanza Creek Gold Mining c. R.*, [1916] 1 A.C. 566.

⁵⁵ *Supra*, note 34.

common law et *non accordés* ou enlevés *par des lois*⁵⁶. On trouve d'ailleurs un appui sérieux de cette position tant en doctrine⁵⁷ qu'en jurisprudence⁵⁸.

Enfin, l'article 32 mentionne que la Charte s'applique au gouvernement. Si on prétend, malgré ce qui précède, que la prérogative de la Couronne est à l'abri de la Charte parce qu'elle ne relève pas d'une législature, le mot *gouvernement* vient à mon avis combler cette lacune. En effet, le mot *législature* vise nécessairement les pouvoirs délégués législativement au gouvernement, sinon ce que la Charte interdirait de faire au pouvoir législatif souverain serait permis indirectement à une de ses créatures subordonnées⁵⁹. Comme la seule mention du mot *législature* inclut obligatoirement les pouvoirs statutaires du gouvernement⁶⁰, l'utilité du mot *gouvernement* consiste donc précisément à faire entrer dans le domaine d'application de la Charte les pouvoirs non statutaires du gouvernement. Or les pouvoirs et immunités de prérogative sont de ceux-là⁶¹.

⁵⁶ M. LEFEBURE, *Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit français et anglais*, Paris, 1961 in H. IMAGEON, *La responsabilité extracontractuelle de la Couronne au Canada*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1965, 49.

⁵⁷ O. HOOD PHILLIPS, *Constitutional and Administrative Law*, 6^e éd., London, Sweet et Maxwell, 1978, 266: "... it (la prérogative royale) is limited to those powers which the Sovereign has by the common law as distinct from statute — in others words, the common law powers of the Crown". Puis il précise en p. 271: "An act may be passed covering the same ground or part of the same ground as the prerogative, in which case the prerogative is to that extent by necessary implication abrogated, at least so long as the statute remains in force". Au Canada, voir: P. GARANT, *Droit administratif*, Cowansville, Yvon Blais, 1981, 48.

⁵⁸ A.G. c. *De Keyser's Royal Hotel*, [1920] A.C. 508 (C.L.). Voir les opinions des juges Atkinson (p. 539-540) et Parmoor (p. 575-576).

⁵⁹ C'est ce que la Cour suprême du Canada confirmait en d'autres termes dans l'affaire *P.g. du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016 lorsque, abordant la question de savoir si les pouvoirs délégués au gouvernement d'adopter des règlements étaient visés par les mots "Act of the Legislature of Québec" dans l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, elle déclarait tout simplement qu'"(I)l s'agit d'un cas où le plus englobe le moins" (cf. p. 1027). On sait que la Cour est venue limiter la portée de cette affirmation dans *P.g. du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312 en excluant par exemple de l'application de l'art. 133 les règlements des commissions scolaires. On doit noter que ces restrictions tiennent au contexte bien particulier de l'art. 133 et, dans cet exemple-ci, de l'art. 93 qui avait pour but d'accorder des garanties religieuses et non linguistiques aux minorités.

⁶⁰ C'est l'avis de P.W. HOGG, «La Charte canadienne des droits et libertés et la Déclaration canadienne des droits: comparaison» in Beaudoin et Tarnopolsky (éd.), *op.cit.*, note 18, aux pp. 8-9.

⁶¹ On a dit et plaidé lors de la décision portant sur l'accord-cadre canado-américain autorisant l'essai de missiles de croisière américains sur notre territoire que les pouvoirs de prérogative du gouvernement doivent échapper à la Charte parce qu'il s'agit, d'une part, d'une source de pouvoir indépendante du Parlement et, d'autre part, d'une question «politique» non sujette à contrôle judiciaire (*La Reine c. Opération Dismantle*, C.A.F., n° A-1331-83, 28 novembre 83). Comment, a-t-on soutenu, un gouvernement pourrait-il assurer promptement

Par conséquent, au plan des principes, un tribunal compétent serait pleinement autorisé d'ordonner à un gouvernement provincial d'adopter un nouveau règlement⁶² et d'ainsi mettre dans la balance tout le poids moral et politique qu'impliquerait une telle «condamnation» judiciaire pour un gouvernement.

Dans les provinces où la protection des droits de la «minorité de langue officielle» n'est pas une priorité, voire n'est pas une politique acceptée par la majorité ou son gouvernement, on ignore comment les tribunaux pour-

la sécurité nationale et son rôle dans les relations internationales si les tribunaux décidaient de contrôler l'exercice des pouvoirs de prérogative de l'exécutif de conclure des traités ou de déclarer la guerre? À mon humble avis, écarter du contrôle judiciaire de constitutionnalité tous les pouvoirs et immunités de prérogative parce que certains ne peuvent raisonnablement en faire l'objet est une grave erreur. La qualification de pouvoirs de prérogative et statutaires constitue un critère arbitraire et dangereux. Cela permettrait par exemple au gouvernement d'exclure des minorités de certaines fonctions importantes (ex.: chefs d'ambassade, magistrats) ou honorifiques (ex.: C.R.) parce que son pouvoir de nomination échapperait alors à l'application de l'article 15. A priori, tous les actes du gouvernement devraient donc être visés par la Charte à l'exception de ceux qui, statutaires ou de prérogative, ne peuvent pas vraiment être débattus dans l'arène judiciaire pour des motifs appropriés qu'il revient aux juges eux-mêmes d'élaborer. C'est finalement la décision à laquelle en est arrivée à bon droit, un peu confusément peut-être, la Cour d'appel fédérale dans l'affaire des missiles Cruise. En raison de la mention explicite du mot «gouvernement» à l'art. 32 ou du fait que la prérogative est un domaine sur lequel le parlement peut légiférer, il ne fit aucun doute pour les juges Pratte, Le Dain et Ryan que les prérogatives de l'exécutif sont visées par la Charte. Sur la question distincte de savoir si les décisions gouvernementales touchant la défense, la sécurité nationale ou les affaires extérieures peuvent être révisées par une cour de justice, les juges Le Dain et Ryan se sont clairement rangés à l'avis de Lord Radcliffe dans l'affaire anglaise *Chandler c. Director of Public Prosecutions*, [1962] 3 All.E.R. 142 (C.L.) qui s'exprima alors en ces termes: «... la question de savoir s'il est dans le meilleur intérêt de notre pays d'acquérir, de garder et d'implanter des armes nucléaires, dépend d'une infinité de facteurs, militaires et diplomatiques, techniques, psychologiques et moraux, et de décisions provisoires et définitives, qui sont elles-mêmes dictées à la fois par une analyse des faits, une attente et un espoir. Je ne trouve rien à redire d'une décision judiciaire qui refuse de soumettre cette question à un juge ou à un jury». Le juge Marceau, pour sa part, a adopté essentiellement la même position sauf que, en plus de se baser sur la jurisprudence américaine qui exclut certaines questions politiques du contrôle judiciaire parce qu'elles sont trop complexes ou impliquent trop d'éléments délicats que les tribunaux ne sont pas en mesure de remettre en question, il se basa aussi sur le fait que ces décisions relèvent de la prérogative. De là à dire que le juge Marceau exclut du contrôle de constitutionnalité tous les pouvoirs de prérogative, il y a un pas que certains observateurs ont franchi un peu trop allègrement. Les autorités que le juge Marceau cite et les précautions littéraires qu'il prend dans sa décision indiquent nettement que les pouvoirs de prérogative qui ne sont pas visés par la Charte selon lui, ce sont «spécialement ceux rattachés à la défense et à la sécurité nationale» et pas nécessairement tous. Quant au juge Pratte, il a escamoté cette question, estimant suffisant de savoir que le gouvernement est visé par l'article 32. Enfin, le juge Hugessen n'a aucunement abordé la question du domaine d'application de la Charte.

⁶² M. MANNING, *op. cit.*, note 43, affirme quant à lui péremptoirement au par. 565: "Since the Constitution is the supreme law of the land and not the Crown, in situations where an injunction is considered the appropriate remedy for a breach of a constitutional provision there does not appear to be any reason why the Crown should not be subject to it".

raient sanctionner concrètement une complète inertie de la part des gouvernants ou encore une lenteur excessive à donner suite à une ordonnance judiciaire. On peut très difficilement imaginer que le conseil des ministres soit puni d'outrage au tribunal et d'emprisonnement ou encore que les biens du domaine public soient saisis à titre d'amende⁶³! Tant le gouvernement que le pouvoir judiciaire risqueraient très gros par un affrontement aussi périlleux. Le cul-de-sac auquel il mènerait serait en tout cas susceptible de conduire à une dangereuse perte de prestige de l'un de ces deux pouvoirs ou même des deux à la fois.

La décision de ne pas accorder un enseignement ou une école de langue française peut toutefois relever, selon la loi provinciale en cause, des autorités scolaires locales ou régionales⁶⁴. À ce niveau, une ordonnance judiciaire enjoignant de reconsidérer cette décision peut s'avérer plus efficace.

En effet, les tribunaux n'ont plus à faire face ici aux immunités de la Couronne. Malgré les multiples contrôles gouvernementaux dont ils font l'objet, les conseils scolaires sont considérés comme des corporations distinctes et non mandataires de la Couronne en raison, notamment, de l'insuffisance de ces contrôles et des larges pouvoirs discrétionnaires dont ils sont dotés législativement⁶⁵.

Par ailleurs, même si on ne peut assimiler les autorités scolaires au mot «gouvernement», il ne fait aucun doute que celles-ci sont liées par la Charte. Peu importe qu'elle bénéficie ou non de la qualification d'agent de la Couronne, «l'administration scolaire du secteur public constitue un véritable palier

⁶³ Cela n'a toutefois pas empêché la Cour d'appel du Québec d'émettre une injonction (*négoaire* cependant) à l'encontre du gouvernement du Québec. S'exprimant pour la Cour, le juge Lajoie a en effet déclaré ce qui suit: «L'impossibilité de sanctionner par punition d'outrage au tribunal la violation que pourrait commettre le Procureur général d'une ordonnance d'injonction ne me convainc pas que l'injonction ne puisse être accordée. (...) Je crois que le Législateur, le gouvernement, se tiennent encore pour liés par la décision des tribunaux, sinon coercitivement, du moins moralement et légalement». *Société Asbestos c. S.N.A.*, [1979] C.A. 350.

⁶⁴ Dans la plupart des provinces, les conseils scolaires ont le pouvoir de fournir un enseignement en français lorsque le nombre minimum requis par la loi ou le règlement du gouvernement n'est pas atteint. Dans d'autres provinces, aucune norme fixe n'est préalablement établie par loi ou par règlement parce qu'on a préféré laisser entière discrétion au conseil scolaire à cet égard (ex.: la Nouvelle-Écosse, l'Alberta et l'Île-du-Prince-Édouard pour certains niveaux d'étude). *Supra*, notes 41 et 45.

⁶⁵ *Fox c. Government of Newfoundland*, [1898] A.C. 667; *City of Montreal c. Catholic School Commissioners*, [1945] B.R. 11. Dans *Westeel-Rosco c. Board of Governors of South Saskatchewan Hospital*, [1977] 2 R.C.S. 238, la Cour suprême a confirmé l'affaire *Fox* et son critère des pouvoirs discrétionnaires pour conclure que le conseil d'administration d'un hôpital n'était pas un agent de la Couronne (cf. p. 253). En doctrine, voir: P. GARANT, *Droit et législation scolaires*, Montréal, McGraw-Hill, 1971, aux pp. 19-20.

de gouvernement»⁶⁶. À ce titre, elle possède, par délégation, des pouvoirs réglementaires et administratifs considérables. Il est tout à fait inconcevable que le parlement ou le gouvernement ne puissent pas violer la *Charte canadienne des droits et libertés* mais qu'un organisme inférieur, à qui ils ont confié de larges responsabilités publiques en matière d'éducation, puisse le faire. Il serait par trop facile de contourner la Constitution de cette façon⁶⁷. Pour cette raison, il semble douteux que les tribunaux acceptent de laisser libre cours à un tel procédé. D'autant plus que la mise en œuvre concrète de l'article 23 de la Charte vise nécessairement ("by necessary implication" selon l'expression jurisprudentielle) les autorités administratives chargées de la gestion des programmes d'enseignement et de tout ce que cela comporte au plan technique.

Rien ne peut donc s'opposer à ce que les tribunaux émettent contre les conseils scolaires un mandamus ou une injonction et fassent saisir leurs biens au besoin pour assurer l'exécution du jugement.

L'émission d'une ordonnance mandatoire contre le gouvernement, un de ses ministres ou une autorité scolaire risque toutefois de prolonger indûment les délais de réalisation des droits scolaires de l'article 23. En outre, certaines résistances de la part d'une administration provinciale — les francophones de la Saskatchewan, du Manitoba et même de l'Ontario en savent quelque chose⁶⁸ — pourraient conduire aux solutions extrêmes que je viens d'évoquer.

⁶⁶ R. DUSSAULT, *Traité de droit administratif canadien et québécois*, vol. 1, Québec, P.U.L., 1974, à la p. 169.

⁶⁷ Voir dans le même sens: M. MANNING, *op. cit.*, note 43, par. 128, 130 et 134.

⁶⁸ Même si un règlement oblige clairement ("the Board SHALL request...") le conseil scolaire à demander au ministre de l'Éducation l'implantation d'un programme en français lorsqu'un certain nombre de parents en fait la demande, le conseil scolaire de la ville de Vonda a carrément refusé d'appliquer le règlement pour des motifs d'opportunité. Il aura fallu que ces parents s'adressent à la Cour du Banc de la Reine pour forcer ledit conseil, par bref de mandamus, à se conformer à ses devoirs légaux. Ce que la Cour lui a effectivement ordonné dans *Saskatchewan ex rel. White c. Prince Albert Roman Catholic Separate School District No. 6*, (1981) 6 S.R. 109 (Q.B.). Comme on le sait, les francophones n'ont pu cependant venir à bout de la résistance du ministre parce que son pouvoir discrétionnaire de recommander ou non un programme d'enseignement en français fut jugé à l'abri du contrôle judiciaire (*supra*, note 49).

Par ailleurs, la lenteur «suspecte» dont a fait preuve le gouvernement du Manitoba pour respecter la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Forest* (*supra*, note 15) en matière de bilinguisme dans la législation et les tribunaux de cette province a constitué, en réalité, une résistance ouverte aux tribunaux et à la Constitution. Voir à ce sujet: J.E. MAGNET, "Validity of Manitoba Laws After *Forest*: What Is to be done?", (1980) *Man. L.J.* 241. L'accord quasi avorté, au moment où ces lignes sont écrites, entre la minorité francophone et le gouvernement manitobain sur certaines garanties linguistiques, n'aura-t-il été qu'un bref intermède dans la

Si bien qu'en dernière analyse, la sanction adéquate en matière de règlement ou de décision inconstitutionnels devra vraisemblablement passer par la fixation du nombre requis d'enfants par les tribunaux eux-mêmes. La difficulté d'élaborer des critères opératoires pour ce faire risque toutefois de les faire reculer. Il faut espérer que telle ne sera pas leur position car désormais l'article 24 de la *Charte* donne aux tribunaux, comme je l'ai souligné précédemment, une latitude jusqu'ici inégalée dans le choix des moyens de réparer une violation de ladite Charte⁶⁹.

ii) *La loi est silencieuse*

Il se peut bien, par ailleurs, qu'une loi scolaire provinciale, en plus de ne pas fixer elle-même le nombre suffisant d'enfants pour justifier l'exercice de l'un des droits reconnus à l'article 23, ne délègue aucunement cette responsabilité. En d'autres termes, un groupe de parents francophones décide de demander l'ouverture d'une classe ou la mise sur pied d'une école ou d'un conseil scolaire pour l'éducation de leurs enfants mais la loi est silencieuse

sombre histoire de cette province? L'absence complète de consensus social à ce sujet, même en 1984, le laisse très fortement présager.

Quant à l'Ontario, l'ancienne affaire du règlement XVII (cf. *Trustees of the Roman Catholic Separate Schools for Ottawa c. Mackell*, [1917] A.C. 62) comme la récente bataille de Penetanguishene démontrent plus qu'il n'est nécessaire que le manque de volonté politique des autorités de cette province d'assurer à la minorité francophone un minimum de droits linguistiques dans le secteur de l'éducation n'est pas chose du passé.

⁶⁹ Bien que l'art. 24(1) a été invoqué et appliqué surtout en matière de garanties juridiques (art. 7 à 14 de la Charte), on voit que les tribunaux se sentent les coudées franches plus qu'auparavant en matière de réparation et de sanctions dans les affaires suivantes: *R. c. Vermette*, (1982) 30 C.R. (36) 129 (C.S. Qué.): suspension des procédures ordonnée pour violation du droit à un procès juste et équitable; *Re Trudeau and the Queen*, (1982) 1 C.C.C. (3d) 342 (C.S. Qué.): ordonnance de retour d'objets saisis abusivement à son possesseur de droit; *R. c. Therens*, (1983) 5 C.C.C. (3d) 408 (C.A. Sask.): exclusion de la preuve d'ivresse pour refus de respecter le droit à l'avocat basée sur l'art. 24(1); *Balderstone c. R.*, (1983) 1 W.W.R. 72 (B.R. Man.): suggestion d'une ordonnance péremptoire de procéder à l'audition de la cause lorsque le droit d'être jugé sans délai n'a pas été respecté mais ne cause aucun préjudice à l'accusé; *R. c. Peters*, (1982) 1 C.R.R. 180 (C.P. Sask.): le mot "remedy" peut s'entendre à la cassation de l'acte d'accusation lorsqu'un droit garanti est violé; *Re Conroy and the Queen*, (1983) 42 O.R. (2d.) 343 (Hi. Ct. Ont.): annulation d'une ordonnance de la commission des libérations conditionnelles, laquelle avait révoqué le droit d'un détenu à la libération conditionnelle, et son remplacement par une ordonnance de suspension de ladite libération; *Laplante c. P.g. du Québec*, (1983) 31 C.R. (3d) 94 (C.S. Qué.): ordonnance au procureur général de remettre à la personne acquittée d'une accusation son dossier d'identification. La réponse des tribunaux provinciaux d'appel semble toutefois beaucoup plus prudente en général, voir par ex.: *R. c. Blackstock*, (1983) 32 C.R. (3d) 91 (B.R. Sask.); *Regina c. Belton*, (1982) 3 C.C.C. (3d) 427 (C.A. Man.), *R. c. Esau*, (1982) M.R. (2d) 230 (C.A. Man.); *Regina c. Holmes*, (1983) 41 O.R. (2d) 250. *Re Auson and the Queen*, (1983) 9 W.C.B. 232 (C.A.C.-B.); *R. c. Cameron*, (1983) 3 C.C.C. (3d) 496 (C.A. Alb.). Voir aussi: J.-C. HÉBERT, «Le recours de l'article 24(1) de la Charte», (1983) 4 *R. du B.* 951 à 965.

et aucune autorité ne se voit déléguer expressément la tâche de prendre une décision à cet égard. Deux provinces, soit Terre-Neuve et la Colombie-Britannique⁷⁰, répondent fidèlement à ce portrait à l'heure actuelle. En ce qui a trait au droit à des écoles de langue française, c'est également la situation qui prévaut dans au moins cinq provinces⁷¹. Enfin, seul le Nouveau-Brunswick a adopté et mis en application des dispositions législatives accordant à sa minorité le droit d'administrer ses écoles⁷².

On sait que pour qu'une autorité administrative ait le pouvoir de faire des règlements, il faut normalement qu'une loi le lui permette expressément⁷³. En l'absence de toute autorisation législative expresse et dans l'hypothèse de l'inaction obstinée du législateur, les tribunaux devraient alors prendre le relais en considérant que l'article 23 confère indirectement aux conseils scolaires, ce qui est peu commun, le pouvoir et le devoir de fixer le nombre d'enfants requis pour avoir droit à l'instruction en français. Et si la règle de l'autorisation expresse en matière réglementaire s'avérait une objection fatale, il faudrait considérer que ces décisions relèvent des pouvoirs administratifs généraux des autorités scolaires⁷⁴. Ces pouvoirs sont toujours énoncés de façon très large dans toutes les lois scolaires au Canada puisque l'un des buts visés par l'existence de ces personnes morales distinctes du gouvernement, c'est précisément de respecter le plus possible leur autonomie dans la gestion des affaires scolaires locales ou régionales.

En effet, ou bien l'article 23 est un droit ou bien il n'en est pas un. Dans l'affirmative, comme l'ont prétendu les concepteurs de la Charte constitutionnelle, il faut absolument qu'à ce droit corresponde une *obligation*. En l'espèce, cette obligation est *positive* et consiste 1° à fixer le nombre suffisant d'élèves pour justifier l'existence du droit scolaire et 2° à fournir l'enseignement ou les établissements dans la langue de la minorité à même les fonds publics d'une province.

⁷⁰ Malgré l'absence totale de législation autorisant spécifiquement le gouvernement ou un conseil scolaire à adopter des règlements sur l'instruction en français en Colombie-Britannique, le gouvernement de cette province a adopté un «programme-cadre de français» au moyen d'une «politique» (cf. *B.C. Circular* 146, Avril 1981). Celle-ci prévoirait essentiellement un droit à un enseignement en français dans la mesure où dix élèves peuvent être regroupés pour former une classe. Cf.: J. ANDERSON, *op. cit.*, note 41, aux pp. 89 à 91.

⁷¹ C'est le cas notamment de la Colombie-Britannique, du Manitoba, de l'Alberta, de l'Île-du-Prince-Édouard et de Terre-Neuve. *Supra*, notes 41 et 45.

⁷² *Supra*, notes 41 et 45.

⁷³ *Re Chemicals*, [1943] R.C.S. 1. Voir aussi: PEPIN et OUELLETTE, *op. cit.*, note 48, 84.

⁷⁴ La création d'un conseil scolaire de la minorité pourrait-elle faire partie des pouvoirs d'un conseil scolaire de la majorité? Cela paraît peu probable. Une telle décision relèverait plutôt du gouvernement avec les limites que cela suppose quant au pouvoir des tribunaux d'obliger un gouvernement à agir. *Supra*, p. 356 et suiv.

Les tribunaux devraient donc ordonner aux conseils scolaires à qui une demande relative à l'article 23 est soumise de décider si le nombre d'élèves est suffisant pour l'exercice du droit à l'instruction dans la langue de la minorité. En cas de refus ou de décision jugée déraisonnable, les tribunaux pourraient eux-mêmes en fixer le nombre et ordonner au conseil de fournir l'enseignement demandé. Et s'il y avait quelque résistance à se conformer à une telle ordonnance, les tribunaux pourraient, vu l'article 24 de la Charte, punir pour outrage au tribunal en ordonnant la saisie et la vente en justice des biens du conseil scolaire comme cela s'est déjà fait aux États-Unis⁷⁵.

3- LES ENJEUX GLOBAUX DE L'INTERVENTIONNISME JUDICIAIRE SOUS L'ÉCLAIRAGE AMÉRICAIN

Évidemment, même si ces recours ultimes sont légalement possibles, personne ne peut affirmer que les tribunaux voudront engager une lutte à finir avec une administration provinciale. Fournir l'enseignement dans une langue donnée implique de nombreuses actions administratives: fourniture de locaux, d'administrateurs, de professeurs, de manuels, de subventions, de moyens de transport, etc. Or ces décisions ne sont pas toutes prises au même palier dans l'administration scolaire et certaines peuvent être du ressort du gouvernement lui-même.

En d'autres mots, c'est une guérilla politique qui peut s'ensuivre entre les tribunaux et l'administration provinciale et cela, il n'est pas sûr que nos tribunaux, même justifiés par l'existence de la Charte constitutionnelle, prennent le risque de s'y lancer. Du moins l'histoire judiciaire canadienne empreinte de réserve en matière de droits et libertés, nous enseigne qu'il faut éviter ici tout «enthousiasme» précipité.

En effet, s'agissant de la mise en œuvre d'un droit social, c'est-à-dire d'un droit qui implique, pour son existence même, l'intervention de l'État plutôt que son abstention, les tribunaux canadiens se trouvent placés devant une problématique toute nouvelle.

La seule constitutionnalisation des droits fondamentaux classiques bouleverse déjà l'équilibre des pouvoirs en confiant aux tribunaux un rôle de réévaluateur des politiques législatives. Pour déclarer certaines lois inopérantes, les juges devront se prononcer sur la sagesse même des lois et vérifier si elles imposent des limites raisonnables aux droits et libertés selon le critère posé à l'article 1 de la Charte. Cela, déjà, est assez nouveau. Du moins, la légitimité que le judiciaire acquière pour exercer ce pouvoir est nouvelle.

⁷⁵ *Infra*, notes 77 et 80.

Malgré tout, ce contrôle n'est tout au plus que *négatif*: même s'il y a accroissement assez considérable de leurs pouvoirs, les tribunaux agiront en tant que censeurs de la législation, bloquant celle qui est incompatible avec la conception qu'ils se feront de la portée des droits et libertés.

La tâche qui est confiée au pouvoir judiciaire en matière de droits linguistiques est cependant encore plus novatrice, plus inusitée. En fait elle est tout simplement révolutionnaire par rapport aux traditions actuelles. Ici les juges n'agiront pas nécessairement comme censeurs ou contrôleurs, mais plutôt comme créateurs de la norme et moteurs de sa mise en œuvre lorsque les gouvernements feront défaut d'agir. À moins que l'article 23 soit dépouillé de toute portée et ne soit pas vraiment un droit, il paraît indispensable que les tribunaux se résoudent à jouer un rôle actif de législateur en cette matière.

Ils auront, pour s'inspirer, une jurisprudence américaine assez développée en matière de «législation judiciaire». Depuis la célèbre affaire *Brown c. Board of Education*⁷⁶ dans laquelle la Cour suprême des États-Unis déclarait discriminatoire et inconstitutionnelle la ségrégation raciale autorisée ou même imposée par voie de législation dans les écoles de plusieurs États, les tribunaux américains se sont vus à diverses reprises autorisés par la Cour de dernière instance à veiller eux-mêmes à la mise en œuvre concrète de certains droits. Ils ont accompli cette tâche au moyen d'injonctions au nom, dans la plupart des cas, du droit à l'égalité ("*equal protection of the laws*") et de l'application régulière de la loi ("*due process of law*").

La «déségrégation» dans les écoles a été longue et problématique parce qu'elle suscita beaucoup de résistance⁷⁷. Les tribunaux exigèrent des autorités scolaires qu'elles fournissent des plans de redressement conduisant dans

⁷⁶ (1954) 347 U.S. 483 (*Brown I*) et (1955) 349 U.S. 294 (*Brown II*). Dans cette affaire, la Cour suprême a d'abord déclaré inconstitutionnelles, parce que contraires au 14^e Amendement sur l'égalité, les lois imposant la ségrégation raciale dans les écoles. Devant les difficultés pratiques que posait la mise en œuvre de la «déségrégation» partout aux États-Unis, la Cour a demandé aux parties de soumettre de nouveaux arguments. C'est ce qui lui permit de donner des directives aux tribunaux inférieurs dans *Brown II*, puisque la Cour suprême a alors décrété qu'il revenait aux tribunaux locaux de première instance d'assumer cette responsabilité (*infra*, note 79).

⁷⁷ "Over the 16 years since *Brown II*, many difficulties were encountered in implementation of the basic constitutional requirement that the State not discriminate between public school children on the basis of their race. Nothing in our national experience prior to 1955 prepared anyone for dealing with changes and adjustments of the magnitude and complexity encountered since then. Deliberate resistance of some of the Court's mandates has impeded the goodfaith efforts of others to bring school systems into compliance. The detail and nature of these dilatory tactics have been noted frequently by this Court and other courts": *Swann c. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, (1971) 402 U.S. 13. Voir aussi, Comment, "Community Resistance to School Desegregation", (1976) 44 *U.Ch. L. Rev.* 111.

certains délais précis à l'élimination de la discrimination. Il est bien sûr arrivé que ces plans d'action ne furent pas fournis ou qu'on mit peu d'empressement à s'y conformer. Les magistrats américains ont alors ordonné par voie d'injonction la façon et les délais dans lesquels l'opération devait se faire en tenant compte de toutes les complications reliées à l'administration de ces changements.

L'affaire *Swann*⁷⁸ illustre bien l'activisme dont ont pu faire preuve les tribunaux américains en matière de «déségrégation». Conformément aux directives données par la Cour suprême dans *Brown* selon lesquelles la responsabilité de mettre en œuvre la déségrégation revenait d'abord aux autorités scolaires⁷⁹, le tribunal de première instance ordonna à ces dernières de prendre les devants en lui soumettant un plan de redressement.

Insatisfaite du plan soumis, La Cour nomma un expert en administration scolaire pour l'assister et lui demanda de préparer lui aussi un plan de redressement. Estimant que ce second plan était plus conforme à la Constitution que celui d'abord soumis par les autorités scolaires, la Cour ordonna à ces autorités de le mettre en application.

Or, ce plan imposé judiciairement par voie d'injonction prévoyait, entre autres, la redistribution des élèves et des enseignants dans les diverses écoles des districts scolaires, le redécoupage de ces districts, les impératifs de transport en autobus pour ceux qui devaient désormais se déplacer pour aller à l'école et même un ratio d'élèves noirs et blancs (71% — 29%) dans chacune de ces écoles.

La Cour suprême a par la suite eu l'occasion de confirmer l'ordonnance émise en première instance parce qu'elle l'estimait réaliste et applicable de façon immédiate. Rappelant une de ses décisions antérieures, le juge en chef Burger déclara en effet que "... The burden on a school today is to come forward with a plan that promises to work... now..."⁸⁰ (Les italiques sont du juge en chef).

Mais l'activisme judiciaire ne s'est pas arrêté au domaine de l'éducation aux États-Unis. Ainsi, dans l'affaire *Pugh c. Locke*⁸¹ où des conditions de

⁷⁸ Voir note précédente.

⁷⁹ "School authorities have the primary responsibility for elucidating, assessing, and solving these problems; courts will have to consider whether the action of school authorities constitutes good faith implementation of the governing constitutional principles": *Brown II*, *supra*, note 76, 299.

⁸⁰ *Swann*, *supra*, note 77, 13. La citation est tirée de l'affaire *Green c. County School Board of New Kent County*, (1968) 391 U.S. 439 où il était également question de «déségrégation».

⁸¹ (1976) 406 F. Supp. 318 (Ala. Dt. Ct.).

détention absolument infectes portant gravement atteinte à la santé et à la sécurité des détenus furent reconnues comme des violations des 8^e et 14^e Amendements de la Constitution, la Cour a alors émis une injonction extrêmement détaillée: elle couvre 5 pages de rapport judiciaire! Cette injonction ordonnait par exemple à l'État d'Alabama de veiller, dans un délai de six mois seulement, à modifier la grandeur des cellules, à fournir certains services minima relatifs à l'alimentation et à l'équipement dans la prison (conditions d'éclairage et de ventilation, nombre de toilettes, services de buanderie, etc.), à classer les détenus selon leur degré de santé physique et morale et à embaucher du personnel nouveau selon un *ratio* employé-détenus fixé par le tribunal.

Il en a été de même également pour certaines institutions pour malades mentaux dont le traitement et les conditions de vie furent jugées contraires à la dignité humaine la plus fondamentale⁸².

On ne peut passer sous silence non plus les importantes décisions judiciaires en matière électorale. Ayant d'abord décidé en 1962 que le découpage des circonscriptions électorales était une question traitable judiciairement⁸³ ("a justiciable question"), la Cour suprême a carrément ordonné aux États américains de procéder à la redélimitation de ces circonscriptions de manière à tenir compte du principe d'égalité ("one person, one vote"), sous peine d'annulation des élections tenues en violation de ce principe⁸⁴.

Commentant une décision importante en matière de «déségrégation» des écoles, Archibald Cox a bien fait ressortir les trois caractéristiques majeures de toutes ces ordonnances judiciaires imposant une intervention concrète des autorités publiques. Il dit en effet ceci:

... the federal courts have taken on altogether novel and overwhelming tasks in the name of "constitutional adjudication" that subject the institution to strains never before experienced. One novel aspect is the affirmative character of the remedies judicially prescribed. Second, the necessary components of any programme of integrated education in a large city appear to commit the courts to constant executive or administrative supervision of the organization, employment practises, curriculum, and extra-curricular activities of the entire Detroit school system. Third, desegregation decrees have all the qualities of social legislation. They pertain to the future. They are mandatory, they govern millions of people. They reorder people's lives in a way that benefits some and disappoints others in order to achieve social objectives⁸⁵.

⁸² *Wyatt c. Stickney*, (1972) 344 F. Supp. 373 (Ala. Dt. Ct.).

⁸³ *Baker c. Carr*, (1962) 369 U.S. 186.

⁸⁴ *Reynolds c. Sims*, (1964) 377 U.S. 533 (application du principe pour les deux chambres dans chaque État); *Wesberry c. Sanders*, (1964) 376 U.S. 1 (application du principe pour ce qui est de la chambre des représentants au Congrès).

⁸⁵ A. Cox, *The Role of the Supreme Court in American Government*, New York, O.U.P., 1976, 86-87.

On est loin, très loin ici du contrôle ordinaire de la constitutionnalité des lois. On se retrouve carrément, comme le dit Cox, en présence d'une véritable législation sociale élaborée par les tribunaux eux-mêmes.

La tentation de reculer devant l'immensité de la tâche sera grande de la part de nos tribunaux qui ont une conception plus conservatrice, plus passive de leur rôle. L'exercice d'une fonction aussi authentiquement législative de la part du judiciaire semble plutôt contraire à nos traditions démocratiques. On ne manquera pas d'évoquer cette période *jurisprudentielle plutôt noire* de la Cour suprême des États-Unis qui prit fin au tournant de la seconde grande guerre et qui donna lieu à un contrôle judiciaire dont la légitimité était plus que douteuse, sinon complètement inexistante. C'est, semble-t-il, ce qu'a semblé retenir la Cour suprême du Canada de l'expérience américaine en matière de contrôle ou d'activisme judiciaires jusqu'ici, si on se fie à l'influence considérable qu'a eu l'affaire *Curr* sur les décisions subséquentes de la Cour⁸⁶.

La constitutionnalisation d'une charte des droits n'apporte pas une réponse complète au problème de la légitimité de la législation par voie judiciaire. C'est pourquoi, les droits à l'instruction dans la langue de la minorité pour les francophones résidant à l'extérieur du Québec apparaissent extrêmement précaires au Canada.

La solution au dilemme de leur légitimité, les tribunaux canadiens devront la trouver ailleurs, comme fut obligé de le faire la Cour suprême des États-Unis pour mettre fin à la ségrégation raciale dans les écoles américaines.

Ainsi, comme l'explique le professeur Owen Fiss⁸⁷, l'activisme judiciaire américain trouva en 1954 sa vraie légitimité dans la théorie du droit des minorités. La minorité noire permit en effet à la Cour suprême de donner un sens plus vrai à cette théorie. C'est ainsi que la Cour put identifier certaines caractéristiques propres à la minorité noire et, en fait, à toute minorité réelle, à savoir par exemple: l'isolement et la faiblesse au point de vue économique.

Or, l'isolement et la faiblesse économique, on le sait, signifient en pratique l'absence d'influence véritable d'un groupe minoritaire sur le processus électoral. Il s'ensuivit qu'en matière de protection de ces véritables minorités, la légitimité réelle fut transférée du pouvoir des élus, au service de la majorité ou des économiquement forts, au pouvoir judiciaire seul capable, par ses traditions d'indépendance, d'assurer adéquatement une telle fonction.

⁸⁶ *Supra*, pp. 346 et 347.

⁸⁷ O.M. Fiss, *The Civil Rights Injunction*, Bloomington & London, Ind. Univ. Press, 1978, 89-90.

Nos tribunaux rempliront-ils les promesses que renferme la Charte en matière de droits linguistiques? Consentiront-ils à s'inspirer de la nouvelle jurisprudence américaine fondée sur le droit des minorités pour assurer la construction des droits sociaux prévus à l'article 23 de la Charte? La réponse qu'ils donneront à cette question énigmatique confirmera si on a eu tort ou raison d'inscrire des droits de nature sociale et même collective dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.