

CHRONIQUE
DE
JURISPRUDENCE

**La Loi 101, la clause-Québec
et la Charte canadienne devant
la Cour suprême : un cas d'espèce?**

DANIEL PROULX

professeur, Faculté de Droit, Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

L'auteur analyse et critique l'affaire Procureur général du Québec c. Québec Association of Protestant School Boards (à paraître) rendue au cours de l'été 1984 par la Cour suprême du Canada. Cette affaire présente un double intérêt. D'une part, on y déclare que toutes les atteintes à la Charte canadienne des droits ne peuvent pas être légitimées par le biais de l'article 1 de celle-ci; les motifs qui amènent la Cour à exclure certains types de restriction de la portée de l'article 1 sont donc examinés attentivement et évalués. D'autre part, les positions peu conciliables qu'ont adoptées la Cour supérieure et la Cour suprême sur la nature individuelle ou collective des droits linguistiques de la minorité en milieu scolaire soulèvent des questions nouvelles dont l'auteur tente de cerner les implications juridiques.

ABSTRACT

The author analyses and criticizes the decision of the Supreme Court of Canada in the case of the Attorney-General of Québec v. Québec Association of Protestant School Boards (unpublished) rendered during the Summer of 1984. This case is important for two reasons. First, the Court holds that not all infringements on the Canadian Charter of Rights can be justified under Section 1 of the Charter. The reasons which lead the Supreme Court to exclude certain kinds of restrictions from the ambit of Section 1 will be evaluated. Second, the Superior Court and the Supreme Court adopt differing positions on the issue of the nature of the linguistic rights of the minority in education. Are they individual or collective rights? The positions adopted are hard to reconcile. The author will analyse the legal implications of these conflicting positions.

SOMMAIRE

| | |
|--|-----|
| I. Le but du constituant..... | 170 |
| A. Quant à l'article 23..... | 170 |
| 1) Le contexte juridique..... | 170 |
| a) Le contexte externe..... | 171 |
| b) Le contexte interne..... | 172 |
| 2) Le texte de l'article 23..... | 173 |
| B. Quant à l'application de l'article 1..... | 179 |
| II. L'effet modificateur de la Loi 101..... | 184 |
| III. La nature juridique des droits linguistiques..... | 189 |
| Conclusion..... | 193 |

Tel que prévu, la Cour suprême du Canada a déclaré le 26 juillet 1984 l'inconstitutionnalité du chapitre VIII de la *Charte de la langue française (Loi 101)*¹ et de deux règlements adoptés sous son empire² dans un jugement unanime³.

À vrai dire l'unanimité régnait déjà avant que le jugement ne soit rendu sur l'issue de cette affaire tant chez les défenseurs que chez les détracteurs de la *Loi 101*. On savait, d'instinct, que la clause-Québec et la clause-Canada ne pouvaient coexister pacifiquement et que le plus haut tribunal du pays trancherait en faveur de la seconde qui, bien sûr, bénéficiait du net avantage de la constitutionnalisation.

Comme la *Charte canadienne des droits et libertés* (la *Charte*), le chapitre VIII de la *Loi 101* avait pour but et pour effet de reconnaître à la minorité anglophone du Québec des droits à l'instruction primaire et secondaire dans sa langue. Toutefois, pour que des parents aient le droit d'envoyer leurs enfants à l'école anglaise, il fallait, selon l'article 73 de

1. L.R.Q., chap. C-11. Bien que le chapitre VIII s'étende des articles 72 à 88, seul l'article 73 contenant la « clause-Québec », a retenu l'attention de la Cour. Mais comme tout le chapitre VIII est construit en fonction de la clause-Québec, l'inconstitutionnalité de l'article 73 prive d'effets pratiquement tout le reste du chapitre et les règlements qui en découlent.

2. *Règlement sur la demande de recevoir l'enseignement en anglais*, R.R.Q. 1981, c. C-11, r. 4; *Règlement sur la langue d'enseignement des personnes séjournant de façon temporaire au Québec*, R.R.Q. 1981, c. C-11, r. 6.

3. *P.G. du Québec c. Québec Association of Protestant School Boards*, C.S.C., no 17821. Cette décision fut rendue à l'unanimité des sept juges qui ont entendu la cause, les juges Chouinard et LeDain n'y ayant pas participé.

la *Loi 101*⁴, que l'un d'eux ait fait ses études primaires dans une école anglaise du Québec, tandis que l'article 23 de la *Charte* étend ce droit à toutes les familles dont l'un des parents a fait ses études primaires dans une école anglaise n'importe où au Canada. L'incompatibilité des deux normes était d'ailleurs si flagrante qu'elle ne faisait l'objet d'aucune contestation de la part du procureur général du Québec.

Le débat dans cette affaire ne portait donc pas sur le sens et la portée de l'expression « nombre suffisant » ou encore sur la question de savoir si le droit à l'instruction incluait une forme de droit à la gestion des écoles anglaises par la minorité⁵. L'enjeu était plutôt le suivant : était-il possible pour le législateur québécois d'invoquer l'article 1 afin de justifier une mesure législative (la clause-Québec) contraire à l'article 23 de la *Charte*? Dans l'affirmative, la Cour aurait été amenée à interpréter pour la première fois la portée de l'article 1 de la *Charte* qui autorise des limites raisonnables et justifiables aux droits et libertés. Il lui aurait alors été nécessaire de développer des critères opératoires capables de déterminer la « déraisonnabilité » de la *Loi 101* en matière de langue d'enseignement. L'entreprise était majeure. La Cour avait là une occasion en or de créer un précédent-clé et d'aucuns pouvaient espérer, sur un plan strictement juridique, que la Cour emprunte cette voie. On aurait su en effet comment s'y prendre lorsqu'on tente d'invoquer le mystérieux article 1.

La Cour a toutefois choisi de répondre par la négative à la question centrale soulevée dans cette affaire, mais dans le cas des restrictions posées par la *Loi 101* seulement. En ce sens, la portée du jugement paraît de prime abord limitée au cas d'espèce du Québec et de sa législation particulière en matière de langue d'enseignement. Toutefois, un examen attentif permet peut-être de dégager quelques principes d'application générale dont la portée sur la *Charte* dans son ensemble pourrait s'avérer capitale.

Les réflexions qui suivent porteront donc sur les motifs pour lesquels l'article 1 de la *Charte* ne peut pas s'appliquer à son article 23

4. L'article 73 se lisait comme suit au moment où la décision fut rendue :

Par dérogation à l'article 72, peuvent recevoir l'enseignement en anglais, à la demande de leur père et de leur mère,

a) les enfants dont le père ou la mère a reçu au Québec l'enseignement primaire en anglais,

b) les enfants dont le père ou la mère est, le 26 août 1977, domicilié au Québec et a reçu, hors du Québec, l'enseignement primaire en anglais,

c) les enfants qui, lors de leur dernière année de scolarité au Québec avant le 26 août 1977, recevait légalement l'enseignement en anglais dans une classe maternelle publique ou à l'école primaire ou secondaire,

d) les frères et sœurs cadets des enfants visés au paragraphe c).

5. Sur ces questions-clés concernant la définition et la portée de l'article 23, on consultera avec profit l'excellent et très fouillé avis de la Cour d'appel de l'Ontario rendu en mai 1984 à l'occasion d'un renvoi commandé par le gouvernement de cette province et intitulé *Reference respecting the Education Act and Minority Language Educational Rights* (ci-après : *Renvoi sur les droits à l'instruction dans la langue de la minorité*).

dans le cas de la *Loi 101*. Il y en a deux essentiellement : ceux qui tiennent au but du constituant tant à l'égard de l'article 23 que de l'article 1 et ceux qui sont reliés à l'effet « modificateur » de la *Loi 101* sur les droits constitutionnels à l'instruction dans la langue de la minorité.

Tout en revoyant et en tentant d'évaluer la valeur des arguments retenus par la Cour suprême, nous nous arrêterons également sur certains motifs tout à fait différents qu'ont invoqués le juge Deschênes en Cour supérieure⁶ et les juges de la Cour d'appel⁷ même si le plus haut tribunal les a parfois effleurés ou encore complètement ignorés. Certains silences sont parfois très éloquents.

Enfin, un dernier développement sera réservé aux opinions exprimées en première et en dernière instances sur la question difficile et intrigante de la véritable nature juridique des droits linguistiques dans le domaine de l'éducation.

I. LE BUT DU CONSTITUANT

A. QUANT À L'ARTICLE 23

Pour la Cour suprême, le but du constituant, lorsqu'il a rédigé l'article 23, apparaît limpide et se divise en deux volets. D'une part, et cela « saute aux yeux »⁸, il a voulu contrer le régime linguistique québécois instauré par le chapitre VIII de la *Loi 101*. D'autre part, l'article 23 a été adopté afin de remédier aux lacunes des régimes linguistiques des autres provinces par des mesures uniformes⁹.

Pour arriver à dégager une conclusion aussi ferme, la Cour, suivant en cela scrupuleusement les principes d'interprétation modernes¹⁰, utilisera d'abord le contexte juridique, puis le texte de l'article 23 lui-même.

1) Le contexte juridique

On distingue nettement le recours à deux sortes de contexte dans la décision, soit le contexte externe à la *Charte* et son contexte interne.

6. [1982] C.S. 673.

7. [1983] C.A. 77.

8. Page 17.

9. Pages 17 et 24.

10. « Aujourd'hui, il n'y a qu'un principe ou qu'une approche : les termes de la loi doivent être lus dans leur contexte global, selon leur sens grammatical et ordinaire en harmonie avec l'économie générale de la loi, avec son objet et avec l'intention du législateur » : E. A. DRIEDGER, *The Construction of Statutes*, Toronto, Butterworths, 1974, p. 67, cité et traduit in P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Cowansville, Yvon Blais, 1982, p. 333.

a) *Le contexte externe*

Pour circonscrire le double but visé par l'article 23, la Cour estime qu'il faut tenir pour acquis que le constituant avait à l'esprit l'histoire des régimes juridiques auxquels les minorités linguistiques ont été soumises par le passé ancien comme récent. Elle rappelle alors, en ce qui a trait aux francophones hors Québec, l'affaire du règlement 17 qui a interdit au début du siècle l'usage de la langue française dans les écoles séparées (catholiques) de l'Ontario¹¹.

Pour ce qui est du Québec et de sa minorité anglophone, on passe en revue l'histoire purement législative des lois 63, 22 et 101¹². On constate que la politique du libre choix de la langue d'enseignement qui régnait au Québec avant la Loi 63¹³ et qui a été confirmée par cette dernière malgré les troubles qui avaient suscité son adoption en 1968 à St-Léonard, a été abolie en 1974 avec l'adoption de la Loi 22¹⁴. Celle-ci exigeait en effet qu'un élève ait une connaissance suffisante de l'anglais pour avoir droit à l'instruction dans cette langue. En conséquence, les avantages scolaires conférés à la minorité anglophone furent pour la première fois dans l'histoire québécoise réduits par l'interdiction faite à la majorité francophone, aux allophones et aux immigrants non anglophones d'avoir accès au réseau d'écoles de langue anglaise.

Puis la Loi 101 est venue diminuer une seconde fois les droits de la minorité anglo-québécoise en fermant les portes des écoles anglaises aux enfants de tous les futurs immigrants. Ainsi, qu'ils soient francophones ou anglophones, canadiens ou étrangers, les parents qui venaient s'installer au Québec après le 26 août 1977, date d'entrée en vigueur de la loi, n'avaient plus le droit de demander un enseignement public en anglais pour leurs enfants. Cette règle fut cependant accompagnée d'une exception réglementaire permettant aux immigrants de passage dans la province de pouvoir envoyer leurs enfants dans le réseau scolaire de langue anglaise¹⁵.

11. Page 16. La Cour renvoie bien sûr ici à *Trustees of the Roman Catholic Separate Schools for the City of Ottawa c. Mackell*, [1917] A.C. 62.

12. Pages 17 à 20.

13. *Loi pour promouvoir la langue française au Québec*, S.Q. 1969, chap. 9.

14. *Loi sur la langue officielle*, L.Q. 1974, chap. 6, art. 40-41.

15. *Règlement sur la langue d'enseignement des personnes en séjour temporaire*, supra, note 2. Le règlement considérait comme temporaire un séjour limité à trois ans, avec possibilité toutefois de reconduction pour la même période une fois. On notera que la Cour suprême n'a pas elle-même décrit le contenu du chapitre VIII de la Loi 101 et de ses règlements. Elle s'est contentée de reproduire aux pp. 11 à 14 de son jugement l'analyse qu'en avait faite le juge Deschênes en Cour supérieure, supra, note 6, aux pp. 681-682. Comme cette analyse ne tient pas compte des assouplissements apportés à la loi par voie de règlement, on comprend que le juge Beauregard en Cour d'appel ait parlé de « restriction aussi absolue que celle du chapitre VIII », supra, note 7, à la p. 79 et que la Cour suprême ait elle-même repris à la p. 9 cet extrait du jugement du juge Beauregard.

Selon le tribunal et, à ce sujet, on ne peut que lui donner raison, le contexte juridique est donc le suivant au moment où le constituant s'apprête à légiférer : alors que la situation des minorités francophones semble graduellement s'améliorer au plan scolaire dans les autres provinces¹⁶, le Québec semble nager à contre-courant en choisissant de réduire à deux reprises en moins de trois ans les avantages autrefois concédés à sa minorité anglophone.

Dans cet historique purement législatif, la Cour tire alors la conclusion « [qu']il n'y a [...] pas lieu de s'étonner que la *Loi 101* ait été particulièrement présente à l'esprit du constituant lorsqu'il a édicté l'article 23 de la *Charte* »¹⁷. C'est en effet tout ce qu'on peut dire, jusqu'ici, de l'étude du contexte juridique général prévalant au moment de l'adoption de la *Charte*. Surtout si ce contexte est limité à l'étude des lois en vigueur en matière de langue d'enseignement. Cela ne suffit certainement pas, en soi, pour pouvoir affirmer que le but de l'article 23 était de contrer absolument la *Loi 101*.

b) *Le contexte interne*

L'étude de la facture globale de la *Charte* elle-même fournira à la Cour un argument qui la conduira plus directement à ce que, selon elle, le constituant recherchait par l'adoption de l'article 23. Conformément au principe d'interprétation selon lequel une disposition faisant partie d'un ensemble législatif ne doit pas être lue isolément de cet ensemble¹⁸, on aura recours à l'article 59 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁹. Bien que cet article se trouve à l'extérieur de la *Charte*, il en demeure inséparable puisque la *Charte*, elle, fait partie de cette loi constitutionnelle.

Or, quel est l'effet de l'article 59? Il s'applique expressément au Québec et se trouve à suspendre « provisoirement »²⁰ dans cette seule province l'application du critère de la langue maternelle des parents posé à l'alinéa 23(1)a) de la *Charte*. En somme, par l'effet de l'article 59, le critère d'accès à l'école de la minorité linguistique, c'est principalement

16. La Cour tire cette conclusion sur la situation linguistique des francophones hors Québec de l'étude suivante : A. MONNIN, « L'égalité juridique des langues et l'enseignement : les écoles françaises hors-Québec », (1983) 24 *C. de D.* 157.

17. Page 20 *in fine*.

18. Ce vieux principe d'interprétation connu en anglais sous le nom de *Golden Rule* a été très justement rebaptisé en français par P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, *supra*, note 10, p. 257 du nom de *principe de la cohérence de la loi*.

19. Page 21.

20. L'article 59 précise en effet que l'alinéa 23(1)a) ne pourra entrer en vigueur au Québec que lorsque son gouvernement ou son assemblée nationale en aura autorisé la proclamation.

la langue maternelle des parents dans les neuf provinces anglophones en vertu de l'alinéa 23(1)a) tandis qu'au Québec, c'est le dossier scolaire antérieur des parents ou des frères et sœurs de l'enfant qui compte, à savoir le fait que l'un d'eux a reçu son instruction dans une école anglaise située au Canada.

En pratique, ce régime d'exception paraît avoir été commandé, selon la Cour, « afin de calmer en partie les inquiétudes exprimées au Québec bien avant l'adoption de la *Loi 101* à propos de l'immigration, à cause de la situation minoritaire de la langue française en Amérique du Nord »²¹. Cette conclusion est bien sûr réaliste si on tient compte du seul effet de cet article 59, à savoir l'exclusion des immigrants non canadiens de langue maternelle anglaise.

Pour la Cour, l'article 59 apparaît donc comme un autre indice qui « atteste que le constituant avait particulièrement le Québec en vue lorsqu'il a édicté l'article 23 de la *Charte* »²². Mais c'est joint aux arguments de texte tirés de la rédaction de l'article 23 que le contexte externe et interne viendra en fait renforcer ce que la Cour estime être le but du constituant en matière de langue d'enseignement.

2) Le texte de l'article 23

S'il était important de replacer l'article 23 dans son contexte global pour déterminer quelle était la « situation à réformer »²³, c'est surtout par l'analyse de la rédaction même de l'article 23 de la *Charte* et de l'article 73 de la *Loi 101* que le but visé apparaît à la Cour « de façon évidente »²⁴.

Ainsi, une comparaison de ces deux articles lui permet de faire les constatations suivantes. D'une part, les critères d'accès à l'école de la minorité linguistique sont exactement les mêmes : les études antérieures des parents ; l'endroit où ces études ont été accomplies ; leur niveau (au primaire) ; la langue dans laquelle elles ont été faites ; le fait que l'un des

21. *Ibid.*

22. *Ibid.*

23. Cette expression est la version française de '*mischief*' donnée par P.-A. CÔTÉ, *op. cit. supra*, note 10, p. 321. La *mischief rule* ou « règle de la situation à réformer » qui a été jadis élaborée dans le célèbre arrêt *Heydon*, (1584) 76 E.R. 637 et repris dans les lois d'interprétation modernes, consiste à rechercher les buts poursuivis par le législateur et à en tenir compte dans l'interprétation d'une disposition législative. Cette méthode d'interprétation qui met l'accent sur les objectifs législatifs est qualifiée par P.-A. CÔTÉ de « méthode téléologique » (p. 320). On remarquera que la Cour Suprême, dont le jugement fut rendu en français (avec la mention *translation* sur la version anglaise), reprend en tout point le vocabulaire développé par Côté. Cela devrait avoir pour effet heureux d'assurer une certaine uniformité souhaitable dans la terminologie française en matière d'interprétation.

24. Page 22.

enfants dans la famille ait déjà intégré le système scolaire de la minorité²⁵. D'autre part, les deux textes législatifs accordent sensiblement les mêmes droits scolaires, à savoir le droit à l'éducation aux niveaux primaire et secondaire²⁶.

Un tel rapprochement de l'un des paragraphes de l'article 23 est-il seulement possible avec les lois des autres provinces en matière d'éducation? Si tel était le cas, il serait impossible de conclure que l'article 23 avait comme but spécifique de s'attaquer tout particulièrement à l'une de ces lois provinciales, à savoir la *Loi 101*.

Mais tel ne semble pas être le cas. Au contraire. La Cour affirme qu'aucune autre province n'a retenu les critères que l'on trouve à l'article 73 de la *Loi 101* et qu'on a repris à l'alinéa 23(1)b) et au paragraphe 23(2) de la *Charte*. Seuls l'alinéa 23(1)a) et le paragraphe 23(3) peuvent être rapprochés de certaines lois provinciales comme celles de l'Île-du-Prince-Édouard ou de la Nouvelle-Écosse qui utilisent des critères de langue maternelle et de « nombre suffisant » semblables à ceux de la *Charte*²⁷.

25. Il faut noter, comme le fait d'ailleurs la Cour, une différence majeure entre la *Loi 101* et la *Charte* en ce qui concerne ce critère. Dans les deux cas, la préoccupation du législateur était de permettre à tous les membres d'une même famille de poursuivre leurs études dans le même système scolaire. Toutefois, l'intention législative était plus restreinte dans le cas de la *Loi 101* qui limitait la portée de cette disposition (art. 73 c et d) à la protection des droits acquis avant l'adoption de la loi. Ainsi seuls les enfants qui se trouvaient déjà à l'école anglaise avant 1977 avaient le droit d'y continuer leurs études et ils ne pouvaient habilitier à y entrer que leurs frères et sœurs *cadets*. Bien que directement inspiré de l'article 73 de la *Loi 101*, le paragraphe 23(2) a été rédigé de manière un peu relâchée, ce qui ne sera pas sans causer des litiges. L'objet de ce paragraphe semble être, à sa face même, d'éviter à une famille que ses membres reçoivent une éducation dans des systèmes scolaires différents. On avait sûrement à l'esprit la protection des droits acquis des allophones québécois. Mais visait-on également les familles québécoises qui, bien que francophones, choisissent délibérément en déménageant dans une autre province d'envoyer leur premier enfant à l'école anglaise et qui, de retour au Québec, désirent que tous leurs enfants aillent également à l'école de la minorité, même s'ils n'ont pas encore commencé leurs études et qu'en fait, ce sont au Québec des enfants faisant partie de la majorité? Visait-on également la « protection » des parents francophones de Hull qui peuvent envoyer un de leurs enfants faire une année d'étude en anglais dans une école d'Ottawa afin d'habilitier tous les membres de cette famille francophone à exiger l'instruction en anglais au Québec? À notre avis, voilà un autre exemple d'un cas où la lettre de la loi doit être interprétée selon son objet, lequel est de procurer à la minorité d'une province des droits linguistiques en milieu scolaire et de protéger certains droits acquis dans une optique d'unité familiale. Autrement, une interprétation littérale stricte conduirait à détourner complètement l'article 23 de son objet véritable que le titre révèle bien : « Droits à l'instruction dans la langue de la minorité ». Pour une étude de l'importance des titres et des rubriques dans la *Charte canadienne*, voir *Law Society of Upper Canada c. Skapinker* rendu par la Cour suprême du Canada en mai 1984, aux pp. 28-29 en particulier.

26. La *Loi 101* est toutefois un peu plus généreuse, et cette disposition demeure en vigueur puisqu'elle n'est pas incompatible avec la *Charte*, en accordant également un droit à l'instruction à l'école maternelle. La Cour a également omis de signaler que la *Charte* utilise un critère restrictif que la *Loi 101* ne contenait pas : la citoyenneté.

27. Page 23.

Par conséquent, si le constituant a repris expressément l'ensemble, le code tout à fait unique de la *Charte de la langue française* du Québec, la Cour estime qu'il est aisé d'en déduire que ce ne peut être l'œuvre du hasard. Au contraire, une seule conclusion logique s'impose : le constituant visait le modèle québécois afin de le contrer²⁸.

Par ailleurs, en rendant applicables à toutes les provinces les critères particuliers de l'article 23, le constituant voulait, et « cela s'infère facilement de la méthode concrète qu'il a suivie », garantir aux minorités linguistiques partout au Canada « une partie importante des droits dont la minorité anglophone du Québec avait joui avant l'adoption de la *Loi 101* relativement à la langue d'enseignement »²⁹.

Le raisonnement de la Cour en ce qui concerne le but du constituant en adoptant l'article 23 emporte plus facilement l'adhésion que celui qu'elle tient par la suite. On constate néanmoins que cette partie de la décision aurait gagné à ne pas être confinée aux seules sources strictement législatives.

Pourquoi, en effet, lors de l'opération nécessaire du recours au contexte dans la recherche du but du constituant, avoir complètement passé sous silence des faits historiques notoires qui, avec la rédaction du texte de l'article 23, mettent clairement en lumière l'objet de cet article? Pourquoi n'avoir pas recherché les objectifs visés dans les preuves extrinsèques, comme les rapports de commissions royales ou les accords officiels entre chefs de gouvernement? La Cour suprême avait déjà à quelques reprises donné son accord sur la recevabilité en preuve d'une telle documentation et sur son utilité pour établir le contexte qui prévalait lors de l'adoption d'une loi³⁰.

28. *Ibid.*

29. Page 24.

30. *Renvoi anti-inflation*, (1976) 2 R.C.S. 373, p. 391; *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, (1981) 1 R.C.S. 714, p. 722 (juge Dickson pour la Cour) : « À mon avis, depuis le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation* et l'utilisation par les membres de cette Cour de documents extrinsèques dans cette affaire, on peut déduire que la règle d'exclusion énoncée par le juge Rinfret en *obiter* dans *Reference Re Validity of Wartime Leasehold Regulations* n'est plus valable en droit ». Dans ce renvoi, le juge Dickson s'est toutefois montré moins ouvert à la recevabilité des débats parlementaires en général en raison de leur « faible valeur probante » (p. 721). Si cette position de prudence peut trouver quelque justification dans le contexte de l'interprétation d'une loi ordinaire, ce qui était le cas dans ce renvoi, elle nous paraît difficilement transposable lorsqu'il s'agit de déterminer les conditions sociales, politiques ou économiques qui existaient lorsque la Constitution a été adoptée et les problèmes que celle-ci, ou l'une de ses dispositions, prétendait corriger. D'autant plus que la Cour, dans ces affaires, a adopté la position sage que les tribunaux doivent évaluer la pertinence et la valeur probante des preuves extrinsèques dans chaque cas. C'est ainsi que la Cour a eu directement recours aux débats préconfédératifs dans la recherche du but du constituant lors de l'établissement du Sénat dans le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, (1980) 1 R.C.S. 54, pp. 66-67. Il faut donc déplorer ce qu'on pourrait presque qualifier de recul de la Cour sur cette

Ainsi, en ce qui concerne les provinces anglophones, l'alinéa 23(1)a) et le paragraphe 23(3) constituent les critères majeurs d'accès à l'enseignement en français. Ces critères, ce sont d'une part celui de « la première langue apprise et encore comprise » des parents et, d'autre part, celui du fameux « nombre suffisant » d'enfants.

Or, que nous révèlent les documents officiels? On y apprend tout d'abord que le critère du nombre suffisant a été suggéré pour la première fois en 1967 par la Commission Laurendeau-Dunton³¹ et retenu en 1972 par le Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes sur la Constitution³² coprésidé par le sénateur Molgat et le député MacGuigan.

C'est en remplaçant le critère du libre choix de la langue d'enseignement que préconisaient jusque-là ces deux rapports par celui de l'appartenance à la minorité que les premiers ministres provinciaux sont finalement tombés d'accord sur les principes suivants à l'issue des conférences interprovinciales de St-Andrews (1977) et de Montréal (1978)³³ :

- i) Chaque enfant de la minorité francophone ou anglophone dans chacune des provinces a le droit de recevoir l'enseignement dans sa langue dans les écoles primaires ou secondaires, partout où le nombre le justifie.
- ii) Il est entendu, en raison de la compétence exclusive des gouvernements provinciaux en matière d'éducation et aussi des vastes différences culturelles et démographiques, qu'il appartient à chaque province de définir comme elle l'entend l'application du paragraphe précédent.

question de la recevabilité des preuves extrinsèques tant dans *Skapinker*, supra, note 24, où la Cour refuse de prendre position à ce sujet (p. 38) que dans la présente affaire où la Cour en ignore totalement l'existence. Sur l'utilisation de ce type de preuves en matière constitutionnelle, voir en doctrine : P.W. HOGG, "Proof of Facts in Constitutional Cases", (1976) 26 *U. of T.L.J.* 386; R. BUGLASS, "The Use of Extrinsic Evidence and the Anti-Inflation Act Reference", (1977) 41 *Sask. L. Rev.* 341; D. GIBSON, « L'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés », in BEAUDOIN et TARNOPOLSKY (éd.), *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson & Lafleur/Sorej, 1982, pp. 42 à 47; M. MANNING, *Rights, Freedoms and The Courts*, Toronto, Emond-Montgomery, 1983, pp. 71 à 77; B. STRAYER, *The Canadian Constitution and the Courts*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1983, pp. 239 à 256.

31. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, Livre premier, *Les langues officielles*, Ottawa, 1967, p. 129 : « Nous recommandons que soit reconnu dans les systèmes scolaires le droit des parents canadiens de faire instruire leurs enfants dans la langue officielle de leur choix; l'application concrète de ce principe sera fonction de la concentration démographique de la minorité ».

32. COMITÉ SPÉCIAL MIXTE DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR LA CONSTITUTION DU CANADA, *Rapport final*, Ottawa, 1972, à la p. 22 : « La Constitution devrait reconnaître le droit des parents d'obtenir que l'anglais ou le français soit la langue d'enseignement de leurs enfants dans les écoles publiques des régions où cette langue est choisie par un nombre suffisant de personnes pour justifier l'établissement des institutions nécessaires ».

33. SECRÉTARIAT DES CONFÉRENCES INTERGOUVERNEMENTALES CANADIENNES, *Propositions constitutionnelles 1971-1978*, pp. 100-101. C'est nous qui soulignons bien sûr.

Comme l'application du critère de la langue maternelle pose peu de difficultés dans les provinces anglophones³⁴, mais que, par ailleurs, la situation a toujours été très variable d'une province à l'autre et même d'une région à l'autre à l'intérieur de chaque province au point de vue des concentrations de population francophone, la reprise du critère du nombre suffisant et l'énoncé du second principe paraissent être la recherche d'une amélioration du sort des minorités qui tienne compte des compétences provinciales en matière d'éducation appliquées dans des contextes divers.

L'objectif visé à l'alinéa 23(1)a) et au paragraphe 23(3) ressort dès lors on ne peut mieux : en ce qui concerne les provinces anglophones, si le constituant a voulu assurer constitutionnellement la continuation des progrès faits en matière de langue d'enseignement, il a décidé de le faire en s'ajustant aux contextes démographiques et aux régimes linguistiques divers en reprenant dans la *Charte* les critères souples de « langue maternelle »³⁵ et de « nombre suffisant » déjà acceptés par ces provinces en 1977 et en 1978. Cela trouve confirmation dans le projet de loi constitutionnel que le gouvernement fédéral déposait à la Chambre des Communes³⁶ le 20 juin 1978, c'est-à-dire quatre mois seulement après la conférence de St-Andrews. Dans ce projet de loi, le gouvernement fédéral avait comme par hasard abandonné sa politique traditionnelle du libre choix de la langue d'enseignement pour s'aligner sur l'accord des premiers ministres provinciaux³⁷.

34. Contrairement au Québec où les allophones, par la force d'attraction naturelle de la langue anglaise en Amérique du Nord, désirent s'intégrer à la minorité plutôt qu'à la majorité de la province, ce qui n'est pas sans causer des problèmes lorsqu'une loi utilise le critère de la langue maternelle anglaise, les allophones des provinces anglophones s'intègrent tous à la majorité (pour profiter aussi du phénomène nouveau des classes d'« immersion »). Le critère de langue maternelle française correspond alors exactement à la clientèle intéressée par les écoles de la minorité. Voir à ce sujet : A. MONNIN, *loc. cit.*, *supra*, note 16; J. ANDERSON, *Effect of the Charter of Rights and Freedoms on School Legislation*, thèse de maîtrise en droit, Université d'Ottawa, 1983, pp. 89 à 134 et les *Rapports annuels du Commissaire aux langues officielles* de 1981 (pp. 42 à 47) et de 1982 (pp. 35 à 39).

35. Bien que l'alinéa 23(1)a) parle plutôt de « première langue apprise et encore comprise », on sait qu'il s'agit simplement de la description objective, utilisée notamment par Statistiques Canada, de la notion subjective et plus floue de langue maternelle.

36. *Loi modifiant la Constitution du Canada*, Bill C-60, 3^e session, 30^e législature (Can.). Comme on le sait, ce projet de loi a dû être abandonné en raison de son caractère inconstitutionnel : *Renvoi sur la Chambre haute*, *supra* note 30. D'ailleurs, comme l'éducation relevait clairement des provinces, l'application de l'art. 21 qui traitait de la langue d'éducation dans les écoles était sujette à l'approbation préalable de chaque législature provinciale en vertu d'une clause d'*opting-in* (art. 131).

37. Voici le texte du par. 21(1) du *Bill C-60* :

Lorsque le nombre d'enfants habitant une région d'une province et ayant fait l'objet de l'avis prévu par le présent article justifie l'affectation de ressources suffisantes pour donner effet au droit conféré par le présent article, le père ou la mère qui est un

Puisque l'article 21 du Bill C-60 est à sa face même l'ancêtre direct de l'alinéa 23(1)a) et du paragraphe 23(3) de la *Charte*, il est clair que ces dispositions de 1982 ont été formulées elles aussi afin de respecter au maximum les accords de St-Andrews et de Montréal. Le Ministre Chrétien l'a d'ailleurs répété à au moins une dizaine de reprises lors des travaux du comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes sur la Constitution coprésidé par le sénateur Hays et le député Joyal en 1980-81³⁸.

Pour ce qui est du Québec et, par conséquent, de l'alinéa 23(1)b) et du paragraphe 23(2), le contexte, plus large que celui que la Cour utilise, explique que le but du constituant ne se limitait pas à contrer la *Loi 101*. Le contexte québécois ne se résumait pas, au moment de la rédaction de l'article 23, à une suite de réductions des avantages conférés à la langue anglaise par suite des lois 22 et 101.

Il comprenait, et cela est tellement notoire que la Cour pouvait considérer qu'elle en avait connaissance judiciaire, le fait que l'application du critère de langue maternelle ou de langue « comprise » ou d'« usage » était inapplicable au Québec. L'expérience vécue sous le régime de la *Loi 22* qui utilisait ces critères a vite donné lieu à des difficultés insurmontables et à des affrontements dus au nombre considérable d'allophones habitant dans la région de Montréal et désirant avoir accès à l'école anglaise. Comme on le sait, il est devenu impossible d'appliquer cette loi selon ses véritables fins, c'est-à-dire réserver l'école anglaise aux enfants dont la langue maternelle ou la langue d'usage était l'anglais.

En utilisant un critère plus objectif comme le dossier scolaire antérieur des parents ou encore des frères et sœurs aînés d'un enfant, la *Loi 101* mettait fin aux tensions sociales extrêmes auxquelles avait donné lieu la *Loi 22*.

C'est donc ce contexte sociologique bien connu, et non de vagues problèmes reliés à l'immigration invoqués par la Cour, qui explique l'exclusion du critère de la langue maternelle pour le Québec et son remplacement par ceux que l'on retrouve à l'article 73 de la *Loi 101*. Ainsi, sous cet éclairage un peu plus complet, il est possible de constater qu'en reprenant les mêmes critères particuliers que ceux de la *Loi 101*, le constituant ne voulait pas uniquement contrer cette loi. On est plutôt amené à conclure que le constituant connaissait la situation sociale et juridique prévalant en

citoyen canadien ayant sa résidence dans cette région et qui n'a pas, comme langue principale, la langue de la majorité des résidents de la province, a le droit d'exiger que son ou ses enfants reçoivent, à l'école, leur éducation de base dans la langue d'enseignement qui est principalement parlée par la minorité, avec des ressources appropriées et adéquates fournies dans cette région avec des fonds publics.

38. *Procès-verbaux du Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes*, 1^{re} Session, 32^e législature, aux pp. 2 : 41, 3 : 17, 3 : 55, 4 : 21, 4 : 28, 4 : 31, 23 : 27, 36 : 15, 38 : 36, 38 : 81-82-83, 41 : 38.

milieu scolaire québécois et qu'il voulait, ici comme dans les autres provinces, s'y *ajuster*. L'alinéa 23(1)b) et le paragraphe 23(2) indiquent donc en premier lieu une volonté de ménager la *Loi 101* et non de l'éliminer. Cela est d'ailleurs confirmé par l'une des déclarations non contredites du ministre Chrétien lors de l'étude du projet de Charte en comité parlementaire³⁹ :

[...] l'article 23 est l'article qui est (le) plus près qu'on pouvait imaginer pour rencontrer la Loi 101.

Du reste, si le constituant avait vraiment voulu contrer (et non « rencontrer ») l'article 73 de la *Loi 101*, il aurait précisément évité de reprendre l'ensemble des critères qui s'y trouvent. L'alinéa 23(1)a), qui utilise le critère de la langue maternelle, aurait été bien suffisant et aurait rendu le chapitre VIII de la *Loi 101* inopérant en permettant à toute l'immigration anglophone, qu'elle provienne du Canada ou d'ailleurs, d'avoir accès à l'enseignement en anglais.

À notre avis, l'analyse du contexte, lorsque considéré dans son ensemble, indique donc que le constituant poursuivait plutôt deux objectifs bien distincts avec l'adoption des dispositions 23(1)b), 23(2) et 59, soit : 1° s'adapter à la loi québécoise et à la réalité socio-linguistique de cette province; 2° contrer *un seul* des critères utilisés dans la loi⁴⁰, à savoir la considération, dans le dossier scolaire des parents ou des frères et sœurs d'un enfant, des seules études faites au Québec plutôt qu'au Canada.

Par conséquent, la recherche des objectifs du constituant limitée au seul examen des diverses lois en vigueur avant 1982 n'a permis à la Cour de n'avoir qu'une vision très partielle et déformée de ce que le constituant pouvait considérer comme étant la « situation à réformer » au Québec. Ses conclusions peu nuancées seraient sans grande conséquence si elles se bornaient au but du constituant lorsqu'il a édicté l'article 23. Malheureusement, elles débordent du cadre de cet article et orientent toute l'argumentation de la Cour tant en ce qui a trait à l'application de l'article 1 qu'aux effets soit-disant « modificateurs » de la *Loi 101* sur la *Charte*.

B. QUANT À L'APPLICATION DE L'ARTICLE 1

Le procureur général du Québec plaidait avec force que même s'il y avait réduction de la clause-Canada par la clause-Québec avec la

39. *Id.*, p. 48 : 118.

40. L'échange suivant est instructif à cet égard :

Sénateur Asselin : « Monsieur le Ministre, est-ce que vous admettez que cet article-là (l'art. 23) amende en quelque sorte la Loi 101 du Québec ? »

M. Chrétien : « Voici. Il y a un aspect de la Loi 101 qui sera affecté. La Loi 101 maintenant dit que lorsqu'un [...] Canadien anglophone arrive au Québec, il n'a pas le droit d'aller à l'école anglaise; il peut obtenir la permission. Maintenant, un Canadien anglophone, avec cela, qui arrive au Québec aura le droit d'aller à l'école anglaise ». *Id.*, p. 48 : 116 (les italiques sont de nous).

Loi 101, il fallait se demander si une telle législation était raisonnable et justifiable au sens de l'article 1 de la *Charte* pour tester sa constitutionnalité.

Tous les juges, en Cour supérieure et en Cour d'appel, lui ont donné raison sur le point suivant : l'article 1 est général, il ne contient en lui-même aucune restriction dans son application; par conséquent, cet article a en principe vocation pour s'appliquer à l'ensemble des droits et libertés garantis dans la *Charte*, y compris l'article 23⁴¹. Toutefois, ils ont tous refusé de l'appliquer dans le cas précis de la *Loi 101*.

Pour le juge Deschênes et pour la majorité des juges de la Cour d'appel, l'article 1 ne pouvait, en raison même de son libellé, légitimer que des restrictions aux droits et libertés alors que la *Loi 101* se trouvait plutôt à nier des droits à certains individus exclus⁴².

Dans son jugement minoritaire, le juge Beauguard s'était inscrit en faux contre cette façon d'interpréter l'article 1 puisque, selon lui, une restriction pouvait entraîner une négation de droit pour certaines personnes. Il donna d'ailleurs l'exemple du droit de vote qui, lorsqu'on le restreint, est enlevé ou non reconnu à certaines personnes. En revanche, il refusa d'appliquer l'article 1 dans le cas spécifique du chapitre VIII parce qu'il s'agissait d'une restriction trop « absolue » et que dès lors, « quelle que soit sa légitimité », elle ne pouvait lui paraître autrement que prohibée⁴³.

Il faut savoir gré au juge Beauguard d'avoir écarté d'emblée la distinction qu'avait faite le juge Deschênes entre la restriction et la négation d'un droit. Cette distinction était si peu réaliste qu'à notre connaissance, deux décisions seulement sur les centaines à avoir porté sur la *Charte* l'ont utilisée depuis⁴⁴.

La Cour suprême, quant à elle, a choisi d'ignorer la distinction du juge Deschênes qui avait servi de fondement à la décision de la majorité en Cour d'appel. Tout en répétant à au moins trois reprises qu'elle n'envisage l'application de l'article 1 à l'article 23 que « pour les fins de la discussion et sans toutefois en décider »⁴⁵, elle estime en l'espèce que, « comme [...] le chapitre VIII de la *Loi 101* est le prototype de régime

41. [1983] C.A. 77, p. 78 (juge Monet) et p. 79 (juge Beauguard); [1982] C.S. 673, pp. 684-685. La Cour d'appel d'Ontario en est également arrivée à cette conclusion, en obiter, dans son *Renvoi sur les droits à l'instruction dans la langue de la minorité*, supra, note 5, p. 39.

42. [1982] C.S. 673, p. 690.

43. Supra, note 15.

44. R. c. S.B., [1982] 1 C.C.C. (3d) 76 (C.S. C.-B.) et *Re Jamieson et La Reine*, (1982) 70 C.C.C. (2d) 430 (C.S. Qué.). Nous sommes redevable au professeur André Morel de nous avoir aimablement signalé l'application du critère Deschênes dans ces deux affaires.

45. Page 26. Voir aussi pp. 14 et 25.

auquel le constituant veut remédier [...], il est inconcevable que les restrictions que ce régime impose aux droits [de l'art. 23] puissent [...] avoir pu être considérées par le constituant comme se confinant à des limites qui soient raisonnables [...] »⁴⁶

Que l'article 23 ait été adopté, entre autres, pour faire tomber la clause-Québec, personne n'en disconvient. De là à utiliser cet objectif propre à l'article 23 pour modifier la nature générale de l'article 1, il y a un pas que la Cour a franchi un peu trop allégrement. Voilà l'un des effets concrets d'avoir limité artificiellement l'article 23 à un seul objet, soit de contrer la *Loi 101*.

Pourquoi, en effet, serait-il inconcevable que la clause-Québec, en soi et pour toujours, soit considérée comme une restriction déraisonnable à la clause-Canada? Il est certain qu'au moment où la *Charte* a été adoptée, l'intention à court terme du gouvernement et des parlementaires était d'imposer la clause-Canada au Québec. Mais cette intention pouvait-elle aller jusqu'à vouloir imposer la clause-Canada même dans l'hypothèse éventuelle et toujours possible où celle-ci, à la faveur d'une saignée comme le Québec en a connu une au début du siècle, aurait pour effet de menacer sérieusement la survie de la langue française au Québec? Rien n'est moins évident. Or, au lieu d'utiliser une interprétation souple et généreuse qui sied à un texte constitutionnel fait pour durer, la Cour suprême s'est enfermée dans une interprétation de type statutaire qui se soucie peu des conséquences à long terme. Voilà qui étonne chez une Cour qui, quelques mois plus tôt dans la première affaire rendue sur la *Charte*, avait pris soin de marquer la différence de statut entre la *Déclaration canadienne des droits*⁴⁷ de 1960 et la nouvelle *Charte* constitutionnelle pour conclure ce qui suit⁴⁸ :

[La *Charte*] appartient au fond du droit canadien. En réalité, elle est la « loi suprême du Canada » [...] Il n'est pas facile de la modifier. Le processus délicat et constant d'ajustement de ces dispositions constitutionnelles est traditionnellement laissé, par nécessité, au pouvoir judiciaire. Il faut maintenir l'équilibre entre la souplesse et la certitude. Il faut, dans la mesure où il est possible de les prévoir, s'adapter dès à présent aux situations futures. La *Charte* a été conçue et adoptée pour guider et servir longtemps la société canadienne. Une interprétation étroite et formaliste, qui n'est pas animée par un sens des inconnues de l'avenir, pourrait retarder le développement du droit et par conséquent celui de la société qu'il sert.

46. Page 24.

47. S.R.C. 1970, App. III.

48. *Skapinker*, *supra*, note 25, p. 12. Dans le même sens, voir *A.G. of Ontario c. A.G. of Canada*, [1977] A.C. 127, p. 154 : "To such an organic statute the flexible interpretation must be given which changing circumstances require..." (Lord Jowitt). Voir aussi *Edwards c. A.G. of Canada*, [1930] A.C. 124, p. 136; *Minister of Home Affairs c. Fischer*, [1980] A.C. 319, p. 329. En doctrine voir, sur la *Charte* : D. GIBSON, *loc. cit.*, *supra*, note 30, pp. 31-34; M. MANNING, *op. cit.*, *supra*, note 30, pp. 84-90.

En outre, ce type d'interprétation de l'article 1 qui consiste à déclarer déraisonnable ce que le constituant devait trouver déraisonnable au moment de l'adoption de la *Charte* appelle deux brefs commentaires.

En premier lieu, cette façon d'aborder l'article 1 nous semble fausser le sens même de cette disposition et de toute la *Charte* constitutionnelle. En effet, l'article 1 n'a-t-il pas pour but de confier aux juges la fonction de déterminer ce qui, *selon eux*, constitue une restriction raisonnable à l'un des droits reconnus dans la *Charte*⁴⁹? En recherchant si la *Loi 101* était, *aux yeux du constituant*, et non pas aux yeux des juges, déraisonnable ou non, la Cour n'a-t-elle pas complètement dénaturé la raison d'être de cette disposition?

Ensuite, cette approche, qui consiste à rechercher ce que le constituant considérerait comme raisonnable *au moment de l'adoption de la Charte*, nous semble une espèce de retour à peine voilé à la théorie du « gel des droits »⁵⁰ que la Cour ou l'un de ses juges a parfois utilisée dans le contexte de la *Déclaration canadienne des droits* de 1960⁵¹. Or

49. Sur la fonction judiciaire en matière de libertés publiques et en relation avec l'article 1 de la *Charte*, voir : H. BRUN, « Quelques notes sur les articles 1, 2, 7 et 15 de la *Charte* canadienne des droits et libertés », (1982) 33 *C. de D.* 781; T.J. CHRISTIAN, "The Limitation of Liberty : A Consideration of Section 1 of the Charter of Rights and Freedoms", (1982) *U.B.C.L. Rev.* 105; W. E. CONKLIN, "Interpreting and Applying The Limitations Clause : An Analysis of Section 1", (1982) 4 *S.C.L. Rev.* 75; R. S. KAY, "Courts as Constitution-Makers in Canada and the United States", (1982) 4 *S.C.L. Rev.* 23; W. R. LEDERMAN, "The Power of the Judges and the New Canadian Charter of Rights and Freedoms", (1982) *U.B.C.L. Rev.* 1; H. MARX, « L'enchéassement, la clause limitative et le pouvoir de déroger dans la *Charte* canadienne des droits et libertés » in BEAUDOIN et TARNOPOLSKY, *op. cit.*, *supra*, note 30, p. 75; D. GIBSON, *loc. cit.*, *supra*, note 30, p. 29; P. H. RUSSELL, "The Effects of a Charter of Rights on the Policy-Making Role of Canadian Courts", (1982) 25 *Can. Pub. Adm.* 1; D. J. ARBESS, "Limitations on Legislative Override Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms : A Matter of Balancing Values", (1983) 21 *Osgoode Hall L.J.* 113; N. FINKELSTEIN, "Section 1 : The Standard for Assessing Restrictive Government Action and the Charter's Code of Procedure and Evidence", (1983) 9 *Queen's L.J.* 143; M. MANNING, *op. cit.*, *supra*, note 30, pp. 21-68; A. MOREL, « La clause limitative de l'article 1 de la *Charte* canadienne des droits et libertés : une assurance contre le gouvernement des juges », (1983) 61 *R. du B. can.* 81; A. ROMAV, "The Charter of Rights : Renewing the Social Contract", (1982-83) 8 *Queen's L.J.* 188; S. WHITLEY, "The Effect of Section 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms : Fast-Fish, Loose-Fish, Freedom of Expression and Other Issues", (1983) 3 *Crown L. Rev.* 14; M. D. LOW, "The Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Role of the Courts : An Initial Survey", (1984) 18 *U.B.C.L. Rev.* 69; P. A. BENDER, "Justifications for Limiting Constitutionally Guaranteed Rights and Freedoms : Some Remarks About the Proper Role of Section 1 of the Canadian Charter", (1983) 13 *Man. L.J.* 669.

50. Cette expression est du professeur Tarnopolsky (actuellement juge à la Cour d'Appel d'Ontario). Voir : "A New Bill of Rights in the Light of the Interpretation of the Present one by the Supreme Court of Canada", in *Special Lectures of The Law Society of Upper Canada*, Toronto, Richard De Boo, 1978, pp. 181 et suiv.

51. Voir par ex. : *P.G. du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349 et *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693 sur l'égalité devant la loi et *Miller et Cockriell c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680 sur la peine capitale.

cette approche statique que le juge Pigeon a habilement articulée dans sa forte et influente dissidence dans la fameuse affaire *Drybones*⁵², a largement contribué à diminuer la portée de la *Déclaration* car le sens de ses dispositions était limité à ce que le législateur avait l'intention de protéger au moment de l'adoption de la *Déclaration*⁵³. Si, à la limite, ce genre de logique pouvait s'expliquer dans le contexte d'une déclaration statutaire, rien ne peut en justifier l'application dans le cas de la Constitution. Celle-ci a besoin des tribunaux pour évoluer puisque, par sa nature, elle n'est pas susceptible de changements fréquents.

Ainsi, même si l'un des buts évidents de l'article 23 consistait à contrer l'un des critères utilisés à l'article 73 de la *Loi 101*, il revenait aux juges de déterminer si ce dernier pouvait, à l'heure actuelle, constituer une limite légitime à l'article 23 au sens de l'article 1. C'est ce que le juge Deschênes a fait dans la seconde partie de son jugement en examinant d'abord si les objectifs poursuivis dans la *Loi 101*, à savoir la protection de la langue française par la francisation du système d'éducation, étaient légitimes et ensuite si la restriction à l'article 23 contenue dans la *Loi 101* (la clause-Québec) constituait un moyen proportionné et nécessaire aux objectifs de francisation poursuivis⁵⁴.

Après avoir estimé que les objectifs de la *Loi 101* étaient légitimes parce que justifiés par une preuve prépondérante et factuelle d'un besoin réel de protection de la langue française au Québec, le juge Deschênes fut toutefois d'avis que la clause-Québec, toujours selon la preuve apportée par des experts de plusieurs disciplines scientifiques⁵⁵, ne constituait pas dans les circonstances actuelles un moyen vraiment nécessaire à la poursuite des objectifs visés par la *Loi 101* et que, par conséquent, ils apparaissaient déraisonnables parce que disproportionnés⁵⁶.

Voilà le genre d'exercice auquel devront s'astreindre les tribunaux s'ils veulent respecter l'intention du constituant de donner à la *Charte canadienne des droits* à la fois la force et la souplesse qu'elle mérite.

Aurait-on considéré que l'article 23 était un mauvais cas pour aborder l'article 1 pour la première fois? Si oui, c'est un leurre car, l'ex-

52. *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, aux pp. 301 à 307. Il est vrai que la Cour avait déjà donné prise à ce genre d'approche de la *Déclaration* dans *Robertson et Rosetanni c. La Reine*, [1963] R.C.S. 651 concernant la *Loi sur le Dimanche* et la liberté de religion.

53. Ainsi la peine capitale n'était pas un traitement cruel et inusité et l'égalité devant la loi se résumait à la *rule of law* puisque, au moment de l'adoption de la *Déclaration*, telle devait être l'intention du législateur.

54. [1982] C.S. 673, pp. 694 à 709.

55. Le procureur du gouvernement du Québec a en effet présenté les témoignages d'un historien, d'un mathématicien, d'un démographe et d'un sociologue. *Id.*, pp. 694-695.

56. *Id.*, p. 708.

périence américaine l'a démontré, il n'y aura pas de « bon cas » pour évaluer le « raisonnabilité » d'une restriction aux droits fondamentaux. Malgré la généralité des termes de l'article 1 et grâce à elle d'ailleurs, les juges n'auront pas d'autre choix que de déterminer à chaque fois, et selon l'importance qu'ils accorderont d'une part au droit fondamental remis en cause et d'autre part aux objectifs poursuivis par le législateur concerné, en quoi consiste une restriction raisonnable à la *Charte* et en vertu de quels critères.

II. L'EFFET MODIFICATEUR DE LA LOI 101

La Cour suprême aurait pu terminer sa décision avec les motifs qui précèdent, mais dans une tentative d'en élargir la portée au-delà du cas soumis, elle élabore un second motif. Considérant l'hypothèse où la *Loi 101* aurait été adoptée après l'entrée en vigueur de l'article 23 de la *Charte* et non pas avant, le savant tribunal estime que le chapitre VIII de la *Loi 101* aurait quand même été inopérant en raison de ses seuls effets sur les droits linguistiques constitutionnellement protégés⁵⁷.

Le premier point extrêmement positif de cette approche, c'est que dans l'étude d'un conflit entre un droit reconnu par la *Charte canadienne* et une loi ordinaire, les tribunaux ne pourront plus dorénavant éluder la question de l'effet, c'est-à-dire des conséquences concrètes de la loi, sur les droits fondamentaux. Sauf pour ce qui est de l'affaire *Drybones*⁵⁸, où elle s'était contentée de considérer l'effet de la *Loi sur les Indiens* sur le droit à l'égalité sans distinction de race, la Cour suprême avait ensuite changé son fusil d'épaule. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Burnshine*⁵⁹, la Cour avait tellement orienté son contrôle sur l'examen des objectifs législatifs de réadaptation sociale des jeunes délinquants, que l'effet réel de la loi, qui était de punir ceux-ci beaucoup plus longtemps et donc plus sévèrement que les adultes⁶⁰, avait été perçu comme un avantage! Ce que le juge Laskin, avec raison, avait vertement dénoncé dans sa dissidence.

Ainsi donc, en raison de l'existence de l'article 1 de la *Charte*, les tribunaux devront d'abord s'arrêter sur les effets d'une loi contestée,

57. Pages 26 à 30.

58. *Supra*, note 52.

59. *Supra*, note 51.

60. L'article 150 de la *Loi sur les prisons et maisons de correction*, S.R.C. 1970, chap. P-21, permettait en effet à un juge de condamner un jeune délinquant de Colombie-Britannique à une peine déterminée de trois mois d'emprisonnement et à une peine indéterminée de deux ans moins un jour alors que la même infraction n'était punissable que de six mois d'emprisonnement ou d'une amende de cinq cents dollars ou des deux à la fois pour un adulte en vertu de l'article 171 du *Code criminel*.

indépendamment des intentions et objectifs du législateur. Ce ne serait que dans une deuxième étape et alors, seulement si l'article 1 peut trouver application, qu'il y aurait lieu de considérer les objectifs de la loi et de vérifier s'ils justifient les effets contraires aux droits et libertés qu'elle produit.

Dans le cas de la *Loi 101*, la Cour suprême n'examinera pas l'intention du législateur québécois parce que, selon elle, l'article 1 ne peut s'appliquer en l'espèce pour les raisons suivantes⁶¹ :

Les dispositions de l'article 73 de la *Loi 101* heurtent de front celles de l'article 23 de la *Charte* et ne sont pas des restrictions qui peuvent être légitimées par l'article 1 de la *Charte*. Ces restrictions ne peuvent être des dérogations aux droits et libertés garanties (sic) par la *Charte* ni équivaloir à des modifications de la *Charte*.

Reprenant à son compte les arguments des procureurs du Nouveau-Brunswick et du fédéral, la Cour remplace ici la distinction du juge Deschênes entre une *négation* (injustifiable par le biais de l'article 1) et une *restriction* d'un droit⁶² (justifiable par l'article 1) par la distinction entre une restriction (justifiable) et une « *dérogation* » à la *Charte* ou une « *modification constitutionnelle* » (injustifiable) de celle-ci.

Dès lors, si la *Loi 101* déroge à la *Charte* au sens de son article 33, elle est inconstitutionnelle sans qu'il y ait lieu de recourir à l'article 1 puisque l'article 23 est à l'abri de la « clause nonobstant ». De la même façon, si un législateur essaie de modifier la *Charte*, c'est-à-dire la *Loi constitutionnelle de 1982*, sa tentative doit être automatiquement écartée, puisque, dans un tel cas, il lui aurait fallu emprunter la procédure complexe prévue aux articles 38 et suivants de cette loi constitutionnelle en vertu de son article 52. En somme, si on a déjà prévu dans la Constitution la façon de « déroger » à la *Charte* ou de la « modifier », ces types de mesure législative ne peuvent être assimilées à des « restrictions » permises par application de l'article 1.

Bien que ce raisonnement soit attrayant de prime abord, on peut s'interroger sérieusement sur son caractère opérationnel. Autrement dit, a-t-il des chances d'avenir en dehors du cas d'espèce de la *Loi 101*? Personnellement nous en doutons.

Comment, en effet, distinguer entre « restriction », « dérogation » et « modification »? Pour ce qui est de la « dérogation » autorisée en certains cas par l'article 33, il s'agit d'une notion tout à fait hybride⁶³.

61. Page 30.

62. *Supra*, p. 18.

63. On notera que le terme « dérogation » n'apparaît pas dans le texte de l'article 33 mais uniquement dans la note marginale qui ne fait pas partie de la *Charte* : P.A. CÔRÉ, *op. cit.*, *supra*, note 10, pp. 48-50. L'article 33 traite plutôt de déclaration législative expresse entraînant la *suspension des effets* d'une disposition de la *Charte* pour une période temporaire au profit de la prise d'effets d'une loi ordinaire indépendamment de la *Charte*.

Un législateur peut vraisemblablement s'en servir soit pour « restreindre » raisonnablement ou non la portée d'un des droits inclus entre les articles 2 et 7 à 15 de la *Charte*, soit encore pour en écarter complètement l'application, ce qui équivaut à toutes fins utiles à une modification de la *Charte* puisqu'alors, on l'ampute de l'une de ses garanties.

Dire que toute « dérogation » à un droit protégé est impossible n'a alors aucun sens. Cela signifierait en effet qu'aucune loi ne peut « restreindre » légitimement en vertu de l'article 1 les articles 3 à 6 et 16 à 23 qui sont protégés par l'article 33 alors qu'elle peut apporter une telle restriction aux autres droits et libertés proclamés dans la *Charte*.

En d'autres termes, un des effets secondaires de l'article 33 serait d'écarter l'application de l'article 1 aux articles 3 à 6 et 16 à 23 même lorsqu'il s'agit en réalité de « restrictions » légitimes à ces droits. Il est peu vraisemblable que la Cour suprême ait, par l'établissement d'une distinction entre une restriction et une dérogation, envisagé une telle interprétation.

Par conséquent, la véritable distinction qu'ait pu faire la Cour, ce serait plutôt entre une « restriction » à un droit (que l'article 1 peut permettre de légitimer) et une « modification » de la *Charte* (pour laquelle l'article 1 ne saurait être invoqué). Dès lors, une « modification » ne serait juridiquement possible que si elle était opérée par le constituant en vertu des articles 38 à 49 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou par un législateur ordinaire à l'égard des articles 2 et 7 à 15 de la *Charte* en vertu de l'article 33 de celle-ci⁶⁴. Mais dans le cas des articles 3 à 6 et 16 à 23, toute mesure législative tentant de « modifier » la *Charte* serait condamnée à l'inconstitutionnalité sans que l'article 1 puisse servir de justification. Il en serait d'ailleurs de même pour une loi ordinaire apportant une « modification » aux articles 2 et 7 à 15 de la *Charte*, si cette loi ne contenait par la clause dérogatoire expresse exigée par l'article 33.

Cette distinction entre « restriction » et « modification » serait simple et lumineuse si ce dernier concept avait une acception connue, définie et indépendante de l'autre. Mais tel n'est pas le cas. Ainsi, une « modification constitutionnelle » peut avoir pour but et effet de « restreindre » simplement la portée d'un droit. À titre d'exemple, si le constituant modifiait l'article 2 de la *Charte* de manière à ce que les libertés fondamentales d'expression et de réunion ne soient protégées qu'en temps de paix, il se trouverait en fait à en « restreindre » la portée.

Une « restriction » peut donc être apportée par voie de « modification constitutionnelle », cela ne change pas le fait qu'il s'agit d'une « restriction » à un droit puisque ce droit continue de faire partie de la

64. Nous avons vu en effet qu'une loi expressément « dérogatoire » à l'un des articles visés par l'article 33 peut avoir pour effet pratique de modifier la *Charte* en écartant l'application d'un droit ou d'une liberté.

Charte sous réserve d'inapplication en temps de guerre ou d'événements équivalents.

À l'inverse, cela implique qu'on pourrait difficilement prétendre que l'article 1 est inapplicable à la *Loi sur les mesures de guerre* et que celle-ci est inopérante parce qu'elle constitue une « modification » de l'article 2 de la *Charte* en autorisant la suspension, entre autres, des libertés d'expression et de réunion en temps de guerre ou insurrection réelles ou appréhendées.

Puisque les notions de « restriction » et de « modification » se recoupent, on aurait pu penser que la distinction entre ces dernières tenait en fait aux titulaires. Toute limitation ou négation d'un droit s'appelant « modification constitutionnelle » lorsqu'opérée par le constituant et « restriction » lorsque tentée par un législateur ordinaire. Mais il faut pousser plus loin l'analyse et chercher une distinction de fond entre ces deux notions puisque la Cour suprême affirme qu'il en existe une.

La seule issue, nous semble-t-il, serait de séparer les « véritables modifications » (interdites au législateur ordinaire) des « modifications-restrictions » (autorisées par le biais de l'article 1) du type de celles que nous avons mentionnées précédemment. Quels critères doit-on utiliser pour séparer ces deux types de modification? La Cour, quant à elle, se garde bien d'en donner. Toutefois l'analyse qu'elle fait de l'article 23 et l'exemple qu'elle nous donne permettent peut-être de découvrir quelques indices.

Ainsi, lorsque la *Charte* identifie clairement les bénéficiaires d'un droit, toute tentative de toucher à une telle catégorisation équivaut à une véritable modification constitutionnelle interdite⁶⁵ :

Les droits énoncés à l'article 23 de la *Charte* sont garantis à des catégories bien particulières de personnes. Cette classification spécifique se trouve au cœur même de la disposition car elle est le moyen choisi par le constituant pour identifier les titulaires des droits qu'il entend garantir. À notre avis, une législation ne peut, par une simple loi, valablement écarter le moyen choisi par le constituant et toucher à cette classification.

Nous ne croyons pas toutefois que ce raisonnement puisse trouver application ailleurs que dans ce cas d'espèce. On aura noté, et la Cour insiste beaucoup sur ce point, que la classification établie à l'article 23 est « au cœur même de la disposition ». À vrai dire, elle sort ici de la seule considération des effets d'une loi pour revenir au but du constituant lorsqu'il a choisi et précisé les catégories de personnes pouvant bénéficier des droits linguistiques de l'article 23. Or, on le sait, l'article 23 est unique à cet égard puisqu'il a été rédigé tout spécialement pour couvrir de sa protection le groupe des anglo-canadiens immigrant au Québec mais exclu par la *Loi 101*. Peut-on trouver d'autres droits de la *Charte* dans lesquels

65. Page 28.

une classification est au cœur du droit, par sa rédaction ou par son contexte, au point d'être devenue intouchable?

Peu de lois modifiant les catégories de bénéficiaires prévus par le constituant pour certains droits sont susceptibles d'être déclarées inopérantes au motif qu'elles « modifient » la *Charte* puisqu'en réalité, il s'agira toujours de « modifications-restrictions ». À moins, bien sûr, que la loi se trouve à enlever complètement ce droit à l'ensemble de ces titulaires, ce qui reviendrait à l'abroger. Considérons brièvement quelques exemples.

Le droit de vote aux élections législatives n'est pas accordé à tous, mais uniquement à une catégorie de bénéficiaires : les citoyens canadiens. À l'instar de la *Loi 101* qui restreignait les droits à l'instruction dans la langue de la minorité aux résidents anglo-qubécois, la loi électorale fédérale touche à la catégorie établie à l'article 3 de la *Charte* car elle limite le droit de vote, entre autres, aux citoyens canadiens qui résident au Canada⁶⁶. L'exclusion de la catégorie des citoyens de ceux qui se trouvent à l'étranger constitue-t-elle une « modification » de la *Charte* pour laquelle le législateur fédéral ne pourrait invoquer l'article 1 parce qu'elle touche aux « moyens choisis par le constituant pour identifier les titulaires [du droit] qu'il entend garantir »? Une réponse négative s'impose puisque l'exclusion de certaines personnes constitue en fait une restriction à un droit qu'il revient à un législateur de justifier dans le cadre de l'article 1.

Le paragraphe 6(1) ne reconnaît qu'aux *citoyens canadiens* le droit d'entrer au Canada et d'en sortir librement. Le paragraphe 6(2) n'accorde un droit de déplacement à l'intérieur du pays à des fins résidentielles ou d'emploi qu'aux *citoyens* et aux *résidents permanents*. Est-ce à dire qu'une loi qui, pour des raisons de sécurité, prévoirait l'expulsion des citoyens condamnés à avoir fait de l'espionnage pour le compte d'une puissance étrangère constituerait une « modification » à la *Charte*? L'exclusion de certains citoyens ou encore de certains résidents permanents du droit à la liberté d'établissement serait-elle, dans tous les cas, même lorsque justifiée, une « modification », prohibée à la *Charte*? On a peine à l'imaginer puisque, encore une fois, une telle mesure consisterait clairement en une « restriction », laquelle ne serait légitime que si elle résistait au test de l'article 1.

Le critère de la modification des catégories de bénéficiaires d'un droit ne semble donc pas pouvoir servir en dehors du cas de l'article 23.

Une deuxième sorte de limitation à la *Charte* pourrait toutefois constituer une véritable « modification » prohibée. Cela se produirait vraisemblablement lorsque, comme le mentionnait le juge Beauregard de la

66. *Loi électorale du Canada*, S.R.C. 1970, 1^{er} supp., chap. 14, art. 16 et 17. La loi nie le droit de vote à bien d'autres catégories de citoyens, par exemple aux juges, aux détenus, aux malades mentaux ou encore à ceux qui ont commis certains types d'acte frauduleux (art. 14).

Cour d'appel, une loi remet entièrement en cause un droit ou sa raison d'être. Tant le savant juge que la Cour suprême ont toutefois confondu par la suite la remise en cause du droit matériel et celle de ses titulaires puisqu'ils ont appliqué ce principe à la *Loi 101* qui ne touche pas aux droits matériels à l'instruction, mais en écarte simplement certains bénéficiaires.

Quoi qu'il en soit, parlant des lois qui « heurtent de front »⁶⁷ la *Charte*, la Cour suprême donne en exemple de « modification » prohibée l'établissement d'une religion d'État dans une province ou dans l'ensemble du pays.

En pareil cas, une telle loi se trouverait à abroger la liberté de conscience et de religion puisqu'en imposant les croyances d'une religion, elle nierait à tous, sans exception, la liberté de choisir ses croyances religieuses. Il y aurait donc « modification » prohibée puisque abrogation pure et simple pour tous les bénéficiaires du droit.

Dans le même ordre d'idées, si une loi provinciale limitait les droits à l'instruction dans la langue de la minorité à l'école primaire, il pourrait s'agir d'une « modification » pour laquelle l'article 1 ne serait d'aucun secours. Une telle loi aurait pour effet d'abroger pour tous les bénéficiaires visés une partie substantielle des droits matériels à la langue d'enseignement que l'article 23 étend expressément à l'instruction secondaire. Dès lors, il serait peut-être possible de prétendre qu'il ne s'agit plus d'une simple restriction, mais d'une remise en cause des droits constitutionnellement prévus et garantis équivalant à une véritable « modification constitutionnelle ».

Ce critère de la remise en cause du droit matériel, par son abrogation ou sa réduction substantielle à l'ensemble des bénéficiaires auquel il est destiné, peut peut-être survivre à ce cas d'espèce. Mais ces cas extrêmes ne seront pas légion et pour cette raison même, on ne risque pas beaucoup de se tromper en tentant la prédiction qu'ils n'encombreront pas les tribunaux...

III. LA NATURE JURIDIQUE DES DROITS LINGUISTIQUES

En première instance, le juge Deschênes avait jugé nécessaire de se prononcer sur le caractère individuel ou collectif des droits linguistiques reconnus à l'article 23⁶⁸ et, contrairement à la doctrine à peu près

67. Page 30.

68. [1982] C.S. 673, pp. 691 à 693.

unanime sur cette question⁶⁹, il avait tranché en faveur du caractère individuel de ces droits.

Cette qualification était surprenante car lorsque des droits sont conférés uniquement à un groupe ou encore aux seuls membres qui le composent, il ne peut plus s'agir de droits strictement individuels. En effet, pour qu'un droit soit qualifié d'individuel, il faut que toute personne, quelle qu'elle soit, ait vocation à en jouir. Or, dans le cas des droits à l'instruction dans la langue de la minorité, seuls les individus faisant partie de la minorité linguistique de la province et qui répondent aux critères de l'article 23 peuvent réclamer les bénéfices de cette disposition constitutionnelle. Ainsi, au Québec, les francophones et les allophones n'ont, sauf exceptions prévues pour la protection de droits acquis⁷⁰, aucun droit constitutionnel à l'instruction dans la langue de la minorité puisqu'ils ne font pas partie de la minorité anglophone que l'article 23 a pour but de protéger.

En outre, en conditionnant la reconnaissance des droits linguistiques à l'existence d'un nombre suffisant d'enfants de la minorité, l'article 23 en accentue le caractère collectif. Ainsi, même si un individu fait partie de la minorité linguistique au sens de la *Charte*, il n'a aucun droit individuel à un enseignement dans la langue de la minorité pour son enfant. Il lui faut, en plus, démontrer que la minorité regroupe un nombre suffisant d'enfants pour justifier la reconnaissance du droit. En l'absence d'une telle preuve, la *Charte* ne reconnaît aucun droit constitutionnel à l'instruction dans la langue de la minorité. À telle enseigne d'ailleurs que si une école est octroyée à la minorité parce que, en 1985, il existe un nombre suffisant d'enfants pour en justifier l'affectation, cette école peut être retirée constitutionnellement dès lors que le nombre d'enfants atteint un seuil en-dessous duquel il ne peut plus être qualifié de suffisant.

Évidemment, lorsque toutes les conditions sont remplies, les droits linguistiques de l'article 23 ressemblent à des droits individuels puisque chacun des membres de la collectivité bénéficiaire peut exercer ces droits et recourir aux tribunaux au cas où on leur porterait atteinte.

69. Y. DINSTEIN, "Collective Human Rights of Peoples and Minorities", (1976) 25 *Int. and Comp. Law Quart.* 102; M. TABORY, "Language Rights as Human Rights", (1980) 10 *Israel Yearbook on H.R.* 167; R. BEN-ISRAËL, "Is the Right to Strike a Collective Human Right", (1981) 2 *Israel Yearbook on H.R.* 195. Chez nous, voir : M. LEBEL, « Les droits linguistiques et la Charte canadienne des droits et libertés », (1983) 18 *Cahiers de l'ACFAS* 31; P. CARRIGNAN, « De la notion de droit collectif et de son application en matière scolaire au Québec », (1984) 18 *R.J.T.* (à paraître); J. WOEHLING, "Equality and Minority Language and Cultural Rights", in A. BAYEFSKY et M. EBERTS (éd.), *Equality Rights and the Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell (à paraître). Voir aussi l'étude plus ancienne aux conclusions moins certaines de F. CHEVRETTE, « Les concepts de « droits acquis », de « droits des groupes » et de « droits collectifs » » dans *Rapport de la Commission d'enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques au Québec*, Livre II, 1972, p. 422.

70. *Supra*, note 25.

Mais il ne faut pas pour autant confondre une telle ressemblance avec la réalité juridique de l'article 23. Cette disposition ne prévoit pas la liberté individuelle de choix de la langue d'enseignement. Au contraire, elle reconnaît aux seuls membres de la minorité linguistique des droits scolaires auxquels personne d'autre ne peut prétendre.

Malgré l'erreur un peu étonnante du juge Deschênes sur cette question du caractère individuel ou collectif des droits à l'instruction de l'article 23, la Cour suprême n'a pas daigné en souffler le moindre mot. Cela, en fait, ne surprend guère puisqu'en l'espèce, il lui était inutile de se prononcer sur cette question⁷¹.

En revanche, le plus haut tribunal apportera une précision qui n'est pas sans intérêt sur la nature des droits linguistiques de l'article 23. Il s'exprime ainsi à ce sujet⁷² :

L'art. 23 de la *Charte* n'est pas, comme d'autres dispositions du même document constitutionnel, de ceux que l'on rencontre communément dans les chartes et déclarations de droits fondamentaux du même genre. Il n'est pas la codification de droits essentiels, préexistants et plus ou moins universels que l'on voudrait confirmer et peut-être préciser, étendre ou modifier et auxquels on veut surtout conférer une primauté et une intangibilité nouvelles en les enchâssant dans la loi suprême du pays. L'article 23 de la *Charte* constitue, dans sa spécificité, un ensemble unique de dispositions constitutionnelles, tout à fait particulier au Canada.

La Cour vient ici confirmer que les droits linguistiques ne sont pas de la même nature que les droits classiques, dits de la première génération, que sont les libertés fondamentales de l'article 2 de la *Charte* par exemple. Au contraire de ces dernières, les droits linguistiques ne sont pas en effet des « droits essentiels, préexistants et plus ou moins universels ».

La précision de la Cour à ce sujet est toutefois un peu courte. Elle nous dit ce que les droits linguistiques ne sont pas, mais elle ne nous informe pas beaucoup sur ce qu'ils sont, si ce n'est qu'ils forment « un ensemble unique... tout à fait particulier au Canada »⁷³.

71. Le juge Deschênes, lui, s'en est servi pour faire dire au gouvernement du Québec et à son procureur qu'ils voulaient faire primer des droits collectifs sur les droits « individuels » de l'article 23 de la *Charte* et que, partant, ils avaient « une conception totalitaire de la société » (p. 692). L'argument, tiré de DINSTEIN, *loc. cit.*, *supra*, note 69, consistait plutôt à dire que les droits à l'instruction dans la langue de la minorité étaient des droits collectifs et que le législateur québécois avait « restreint » et non « nié » ces droits puisque, d'une part, il les reconnaissait dans la *Loi 101* mais que, d'autre part, il donnait de la minorité linguistique une définition plus étroite que le constituant ne l'avait fait à l'article 23.

72. Page 16.

73. Pour une comparaison des régimes linguistiques dans les autres pays, voir : A. VERDOODT, *La protection des droits de l'Homme dans les États plurilingues*, Paris et Bruxelles, Éd. Nathan et Labor, 1973 et G. TURI, *Les dispositions juridico-constitutionnelles de 147 États en matière de politique linguistique*, Québec, Centre international de recherche sur le bilinguisme, 1977.

En réalité, en excluant l'article 23 de la catégorie des droits classiques, la Cour se trouve à confirmer qu'ils font plutôt partie des droits sociaux et collectifs, dits de la deuxième génération, dont font par exemple partie les droits à l'éducation, au travail ou à la santé. Ces droits ont pour caractéristique commune que leur seule reconnaissance constitutionnelle ne suffit pas à accorder à leurs bénéficiaires des garanties tangibles. Pour qu'il y ait éventuellement jouissance du droit à la santé ou à l'éducation (en général ou dans une langue minoritaire), il faut, en plus, que les pouvoirs publics collaborent en mettant sur pied les établissements et services que la reconnaissance de ces droits sous-entend.

Ainsi, aux exigences de passivité que les droits classiques fixent aux législateurs et aux gouvernements (*ne pas restreindre tel droit ou telle liberté*), la constitutionnalisation de droits sociaux implique en outre que les provinces doivent dorénavant remplir des *obligations positives* à l'égard des bénéficiaires de ces droits⁷⁴.

Dans ce contexte, on comprend pourquoi la Cour s'est abstenue de se prononcer sur les deux autres questions qu'avaient soumises les requérants en Cour supérieure. Tirant simplement les conséquences logiques d'une déclaration d'inconstitutionnalité de la clause-Québec, on demandait à la Cour si le paragraphe 23(3) de la *Charte* avait pour effet d'obliger le gouvernement du Québec à allouer aux commissions scolaires les fonds publics nécessaires à l'intégration des immigrants anglo-canadiens dans les écoles anglaises.

La Cour a esquivé cette question parce qu'apparemment elle n'avait pas été plaidée au fond et parce qu'en première instance le juge Deschênes avait répondu que les commissions scolaires protestantes avaient droit aux subventions *en vertu des lois québécoises* en vigueur, mais non en vertu du paragraphe 23(3) de la *Charte*⁷⁵.

La portée de cette question n'était pas anodine. Elle aurait ultimement entraîné la Cour à fixer des obligations positives au gouvernement, voire au législateur, ce qui aurait nettement tranché avec les traditions en matière de contrôle judiciaire de constitutionnalité.

On notera d'ailleurs à cet égard, que la Cour d'appel de l'Ontario dans son récent *Renvoi sur les droits à l'instruction dans la langue de la minorité*⁷⁶ s'est elle aussi bien gardée d'aller plus loin que de déclarer certaines dispositions de la loi ontarienne sur l'éducation incompatibles avec l'article 23 de la *Charte*. Une ordonnance judiciaire donnant suite à cette déclaration aurait nécessairement conduit la Cour à émettre une

74. Sur la nature sociale des droits linguistiques et sur ses conséquences voir : D. PROULX, « 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 », (1983) 14 R.G.D. 335.

75. Pages 33-34.

76. *Supra*, note 5.

injonction contre la législature ontarienne pour qu'elle modifie sa loi en ajoutant par exemple des dispositions prévoyant le droit à la gestion de ses écoles par la minorité. Or un tel activisme judiciaire, on en conviendra, chamberde considérablement l'idée qu'on se faisait jusqu'ici du rôle des tribunaux. On constate que ces derniers en sont très conscients et que, compte tenu de l'impact non négligeable de ce nouvel aspect « directif » de leurs fonctions, il n'emprunteront cette voie, si jamais ils le font, qu'avec la plus grande circonspection.

CONCLUSION

Une impression très nette se dégage d'une lecture attentive de la décision de la Cour suprême dans cette affaire et c'est celle d'un jugement rapidement rendu. La pression de la rentrée scolaire toute proche aurait-elle amené les juges à prendre le plus court chemin, au plan des motifs, pour en arriver à une conclusion que, de toute façon, tous partageaient ?

Le caractère extrêmement péremptoire de l'ensemble de la décision, l'analyse assez superficielle du contexte qui a entouré et précédé l'adoption de l'article 23, le refus d'appliquer l'article 1 dans le cas spécifique de la *Loi 101* et de considérer les effets à plus long terme d'une conclusion aussi catégorique, l'acceptation d'un critère imprécis et aussi difficile à manier que celui de l'« effet modificateur » d'une loi sur la *Charte*, voilà autant d'éléments qui font que ce deuxième arrêt de la Cour suprême sur la *Charte canadienne des droits* aura apporté une contribution à l'interprétation de ce document fondamental dont la portée ne dépassera probablement pas beaucoup le cadre strict de ce cas d'espèce.