



National Library
of Canada

Bibliothèque nationale
du Canada

Canadian Theses Service

Service des thèses canadiennes

Ottawa, Canada
K1A 0N4

NOTICE

The quality of this microform is heavily dependent upon the quality of the original thesis submitted for microfilming. Every effort has been made to ensure the highest quality of reproduction possible.

If pages are missing, contact the university which granted the degree.

Some pages may have indistinct print especially if the original pages were typed with a poor typewriter ribbon or if the university sent us an inferior photocopy.

Reproduction in full or in part of this microform is governed by the Canadian Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, and subsequent amendments.

AVIS

La qualité de cette microforme dépend grandement de la qualité de la thèse soumise au microfilmage. Nous avons tout fait pour assurer une qualité supérieure de reproduction.

S'il manque des pages, veuillez communiquer avec l'université qui a conféré le grade.

La qualité d'impression de certaines pages peut laisser à désirer, surtout si les pages originales ont été dactylographiées à l'aide d'un ruban usé ou si l'université nous a fait parvenir une photocopie de qualité inférieure.

La reproduction, même partielle, de cette microforme est soumise à la Loi canadienne sur le droit d'auteur, SRC 1970, c. C-30, et ses amendements subséquents.



National Library
of Canada

Bibliothèque nationale
du Canada

Canadian Theses Service Service des thèses canadiennes

Ottawa, Canada
K1A 0N4

The author has granted an irrevocable non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of his/her thesis by any means and in any form or format, making this thesis available to interested persons.

The author retains ownership of the copyright in his/her thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without his/her permission.

L'auteur a accordé une licence irrévocable et non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de sa thèse de quelque manière et sous quelque forme que ce soit pour mettre des exemplaires de cette thèse à la disposition des personnes intéressées.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège sa thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

ISBN 0-315-53277-7

LA MODIFICATION DES DISPOSITIONS DE LA
CONSTITUTION DU CANADA RELATIVES À L'USAGE
DE L'ANGLAIS OU DU FRANÇAIS

par

BENOÎT PELLETIER

Thèse présentée à l'École des études supérieures
de l'Université d'Ottawa
en vue de l'obtention d'une maîtrise en droit public



Benoît Pelletier, Ottawa, Canada, 1989.

RÉSUMÉ

La Loi constitutionnelle de 1982 a notamment doté le Canada de ses propres procédures de modification constitutionnelle, après avoir mis un terme à la dépendance du Canada envers le Royaume-Uni en cette matière. Parmi ces nouvelles procédures, deux dispositions nous intéressent plus particulièrement en ce qu'elles concernent la modification des dispositions constitutionnelles relatives à l'usage de l'anglais ou du français : ce sont les articles 41 c) et 43 b). La portée de ces articles est loin d'être claire. Il est loin d'être certain, par exemple, que la partie québécoise de l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 ou que l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba doivent tomber sous le couvert de l'article 43 b) en question. Et que doit-il en être pour les articles contenus dans la Charte canadienne des droits et libertés qui concernent le bilinguisme au Nouveau-Brunswick? Une chose est sûre et c'est que très peu a été dit sur le sujet jusqu'à maintenant.

Nous suggérons dans cette thèse, avec comme toile de fond l'histoire législative de la Loi constitutionnelle de 1982, et même l'histoire législative et jurisprudentielle de chacune des dispositions de la Constitution du Canada relatives à l'usage de l'anglais ou du français, une interprétation des articles 41 c) et 43 b) en vertu de laquelle leur esprit -- et l'esprit des dispositions constitutionnelles dont ils sont appelés à régir la modification -- sont, autant que leur libellé, déterminants quant à leur portée respective.

AVANT-PROPOS

Nous tenons à exprimer notre plus vive gratitude à Me. Alain-François Bisson, le directeur de cette thèse. Nous avons grandement bénéficié de sa disponibilité, ainsi que de ses précieux conseils, surtout en ce qui concerne l'organisation générale de l'ouvrage et la rigueur de l'argumentation, domaines dans lesquels la réputation de Me. Bisson n'est plus à faire.

Nous aimerions également remercier Me. Paul Coderre, avocat général du contentieux des affaires civiles et du droit immobilier (Québec) du ministère de la Justice du Canada, ainsi que Me. Anne-Marie Trahan, sous-ministre associée de ce même ministère. Ces deux personnes nous ont en effet facilité, dans la mesure du possible bien entendu, l'accomplissement de cette double tâche que constituaient nos fonctions à ce ministère et la rédaction de cette thèse.

Nous aimerions remercier enfin, et peut-être tout spécialement, Mme Diane Rocheleau pour avoir fait preuve de tant de patience, de dévouement et de compétence dans la dactylographie de ce travail.

NOTE DE L'AUTEUR

Nous aimerions souligner au lecteur que, par souci d'exactitude, nous n'avons pas, dans les citations, souligné les lois qui n'avaient pas été soulignées dans le texte cité.

TABLE DES MATIÈRES

	page
RÉSUMÉ	i
AVANT-PROPOS	ii
NOTE DE L'AUTEUR	iii
TABLE DES MATIÈRES	iv
LISTE DES ABRÉVIATIONS	vii
INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE : LE RÉGIME DE MODIFICATION DES DISPOSITIONS DE LA CONSTITUTION DU CANADA RELATIVES À L'USAGE DE L'ANGLAIS OU DU FRANÇAIS	11
Titre I : Les étapes de l'acquisition de la souveraineté par le Canada	13
Titre II : Les procédures de modification applicables aux dispositions constitutionnelles relatives à l'usage de l'anglais ou du français, en général	23
Titre III : Les dispositions de la Constitution du Canada relatives à l'usage de l'anglais ou du français	33
DEUXIÈME PARTIE : LES MODALITÉS PARTICULIÈRES DE LA MODIFICATION DES DISPOSITIONS DE LA CONSTITUTION DU CANADA RELATIVES À L'USAGE DE L'ANGLAIS OU DU FRANÇAIS	48
Titre I : Les modalités de la modification de l'article 133 de la <u>Loi constitutionnelle de 1867</u>	51
Chapitre I : La modification de l'article 133 avant la <u>Loi constitutionnelle de 1982</u>	53
Section I : L'article 133 et les pouvoirs canadiens de modification constitutionnelle	54
Sous-section 1 : L'aspect provincial de l'article 133 et le pouvoir unilatéral de modification conféré au Québec par l'article 92 (1) de la <u>Loi constitutionnelle de 1867</u>	55

Sous-section 2 : L'aspect fédéral de l'article 133 et le pouvoir unilatéral de modification conféré au Parlement du Canada par l'article 91 (1) de la <u>Loi constitutionnelle de 1867</u> ...	62
Section II : Le recours à Londres pour la modification de l'article 133	74
Chapitre II : La modification de l'article 133 après la <u>Loi constitutionnelle de 1982</u>	81
Titre II : Les modalités de la modification de l'article 23 de la <u>Loi de 1870 sur le Manitoba</u>	130
Chapitre I : La modification de l'article 23 avant la <u>Loi constitutionnelle de 1982</u>	131
Section I : L'article 23 et le pouvoir unilatéral de modification conféré au Manitoba par l'article 92 (1) de la <u>Loi</u> <u>constitutionnelle de 1867</u>	132
Section II : Le recours à Londres pour la modification de l'article 23	152
Chapitre II : La modification de l'article 23 après la <u>Loi constitutionnelle de 1982</u>	154
Titre III : Les modalités de la modification des articles 16 à 20 de la <u>Loi constitutionnelle de 1982</u>	161
Chapitre I : L'historique législatif de la <u>Loi constitutionnelle de 1982</u>	163
Chapitre II : La procédure de modification applicable aux articles 16 à 20 de la <u>Loi</u> <u>constitutionnelle de 1982</u>	182
Section I : La procédure applicable aux articles 16 (1), 17 (1), 18 (1), 19 (1) et 20 (1)	184
Section II : La procédure applicable aux articles 16 (2), 17 (2), 18 (2), 19 (2) et 20 (2)	186
CONCLUSION	203

BIBLIOGRAPHIE	209
Monographies et recueils	209
Documents parlementaires et rapports	211
Articles de revue	212
TABLE DES JUGEMENTS	215

LISTE DES ABRÉVIATIONS

Art.	Article
A.A.N.B.	Acte de l'Amérique du Nord britannique
A.C.	Appeal Cases
A.G.	Attorney General
App.	Appendice
C.	Contre
C. / Chap.	Chapitre
C.A.	Recueils de la Cour d'appel du Québec
C.B.J.	Canadian Bar Journal
C. de D.	Cahiers de droit
Can.	Canada
Can. Bar Rev.	Canadian Bar Review (voir R. du B. Can.)
Can. J. of E.P.S.	Canadian Journal of Economics and Political Science
C.S.	Recueils de la Cour supérieure du Québec
D.L.R.	Dominion Law Reports
Geo.	George
J.	Juge
L.N.B.	Lois du Nouveau-Brunswick
L.Q.	Lois du Québec
L.R.N.-B.	Lois révisées du Nouveau-Brunswick
L.R.Q.	Lois refondues du Québec
Man. L. J.	Manitoba Law Journal
McGill L. J.	McGill Law Journal
Mod.	Modifié(e)/Modifications
N ^o	Numéro

P.G.	Procureur général
R.	La Reine (Le Roi)
R.C.S.	Recueils de la Cour suprême du Canada
R. du B.	Revue du Barreau
R. du B. Can.	Revue du Barreau canadien
R.D.U.S.	Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke
R.G.D.	Revue générale de droit
R.J.T.	Revue juridique Thémis (Thémis)
R.S.M.	Revised Statutes of Manitoba
R.U.	Royaume-Uni
S.A.	Statutes of Alberta
Sask. Law Rev.	Saskatchewan Law Review
S.M.	Statutes of Manitoba (Lois du Manitoba)
S.R.C.	Statuts révisés du Canada
Supreme Court L.R.	Supreme Court Law Review
U.K.	United Kingdom
U.T.L.J.	University of Toronto Law Journal
Vict.	Victoria
Vol.	Volume
W.W.R.	Western Weekly Reports

INTRODUCTION

L'acquisition par le Canada de sa pleine souveraineté étatique a été le fruit d'une très longue évolution. Il appert en effet que, malgré que l'autonomie du Canada à l'égard de toutes matières internes ait été vite reconnue après sa création en 1867, cette capacité faisait néanmoins l'objet de deux limites formelles de taille : la suprématie absolue du Parlement britannique et la compatibilité du droit colonial avec le droit britannique.⁽¹⁾

Après la première grande guerre mondiale, cette autonomie du Canada sur le plan interne s'est progressivement complétée sur le plan externe; d'une part par l'acquisition par le Canada d'un statut international, d'autre part par la normalisation formelle de son indépendance du Royaume-Uni par le Statut de Westminster de 1931. Mais subsistait encore une limite à la souveraineté canadienne : il fallait recourir à Londres pour modifier un nombre très important de dispositions de la Constitution du Canada.

Il a fallu attendre jusqu'au rapatriement total et irréversible de notre constitution, opéré par la Loi constitutionnelle de 1982, pour que cette dernière limite apparente⁽²⁾ soit abolie. Notons d'ailleurs que les acteurs de l'accord de 1982 ont profité du rapatriement pour doter le Canada de ses propres procédures de modification constitutionnelle, celles-ci étant énoncées dans la partie V de ladite Loi de 1982.

1. H. BRUN et G. TREMBLAY, Droit constitutionnel, Cowansville, Les éditions Yvon Blais Inc., 1987, à la page 78.

2. Voir Id., à la page 79, où Brun et Tremblay expliquent en quoi le recours à Londres pour modifier la constitution canadienne ne portait pas sérieusement atteinte à la souveraineté du Canada.

L'objet du présent travail est de déterminer laquelle de ces procédures de modification devrait être utilisée pour modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives à l'usage de l'anglais ou du français. Dans le cadre de cette étude, nous serons d'ailleurs appelé à développer l'hypothèse que le choix d'une formule, plutôt que d'une autre, dépend dans une très large mesure de la nature des droits linguistiques concernés.

Or, comme l'a affirmé le juge en chef Dickson dans l'arrêt Société des Acadiens : «(...) les droits linguistiques, de par leur nature même, revêtent un caractère fondamentalement et profondément social.»⁽³⁾ Dans le même ordre d'idées, le juge Wilson a affirmé, dans la même affaire : «(...) les droits linguistiques constituent une réaction aux particularités historiques du Canada. Ces droits ont un contenu socio-culturel (...).»⁽⁴⁾

Nous serons donc appelé à étudier le contexte historique de l'édiction des droits linguistiques qui feront l'objet de nos considérations, afin justement d'en définir la nature. Mais nous serons également appelé à déterminer en quoi le contenu socio-culturel de ces droits linguistiques a influencé et influencera les modalités et les limites de leur modification. Inutile de mentionner que cette étude historique tournera autour de l'année 1982, année charnière en matière de modification constitutionnelle.

Plus particulièrement, notons que notre étude ne portera que sur la modification des dispositions constitutionnelles qui sont relatives, dans

3. Société des Acadiens c. Association of Parents, [1986] 1 R.C.S. 549, à la page 566.

4. Id., à la page 639.

leur nature véritable,⁽⁵⁾ à l'usage de l'anglais ou du français. Elle ne portera donc pas sur la modification des dispositions constitutionnelles relatives aux autres langues,⁽⁶⁾ ni sur la modification des dispositions

-
5. La doctrine du «pith and substance» est bien connue en common law. Voir par exemple l'arrêt Canadian Federation of Agriculture c. Attorney General for Quebec and others, /1951/ A.C. 179, à la page 195 : «It is necessary in each case to consider what is the 'pith and substance' of the legislation in question (...)». Voir aussi l'arrêt Union Colliery Co. c. Bryden, /1899/ A.C. 580, à la page 587 (Lord Watson). Voir enfin l'affaire Russel c. The Queen, (1881-82) 7 A.C. 829, où, aux pages 839 et 840, Sir Montagüe Smith avait écrit : «The true nature and character of the legislation in the particular instance under discussion must always be determined, in order to ascertain the class of subject to which it really belongs.»

Mais les auteurs ont traduit l'expression «pith and substance» de différentes façons en langue française. Ainsi, dans Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle au Canada, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1974, Herbert MARX a utilisé l'expression «caractère véritable», à la page 158. Dans Droit constitutionnel, notes et jurisprudence, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1982, François CHEVRETTE et Herbert MARX ont adopté l'expression «nature véritable» à la page 168. André TREMBLAY a, pour sa part, choisi l'expression «nature ou caractère véritable», dans Précis de droit constitutionnel, Montréal, Éditions Thémis, 1982, à la page 163. Il a toutefois tenu à ajouter que «/p/our trouver cette nature ou ce caractère véritable de la législation (le 'subject matter' ou le 'pith and substance'), il importe de considérer surtout l'objet ou le but de la loi. Le critère de finalité doit donc être privilégié». Enfin, Gil RÉMILLARD, dans Le fédéralisme canadien, Montréal, Québec/Amérique, 1983, a employé l'expression «l'essence et la substance», à la page 268.

En ce qui nous concerne, nous préférons utiliser l'expression «nature véritable». Il nous semble en effet que c'est cette expression qui concilie le mieux la notion terre à terre de «caractère de la législation» («subject matter», «character», aspect, objet, matière, substance) et celle plus élevée de «finalité de la législation» (but, intention, essence, objectif).

6. Voir l'article 22 de la Charte canadienne des droits et libertés.

constitutionnelles qui, bien que reliées de près ou de loin au domaine linguistique, n'ont toutefois pas pour but premier de conférer un droit d'utiliser l'anglais ou le français.⁽⁷⁾ Il va sans dire également que notre étude ne portera pas sur la modification des dispositions qui sont certes relatives à l'usage de l'anglais ou du français mais qui n'ont toutefois pas une nature constitutionnelle.⁽⁸⁾

-
7. Voir l'article 14 de la Charte canadienne des droits et libertés qui reconnaît le droit à un interprète à la partie ou au témoin qui ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée dans des procédures judiciaires. Cette disposition, qui s'applique d'ailleurs à toutes les langues sans restrictions, semble davantage porter sur le droit à l'interprète que sur le droit à l'usage de l'anglais ou du français.

Voir également certaines autres dispositions qui, bien que reliées au statut des langues française et anglaise, ne confèrent toutefois pas vraiment un droit à leur usage. Nous faisons référence ici à l'article 55 de la Loi constitutionnelle de 1982 qui oblige le ministre de la Justice du Canada à rédiger une version française de certains textes constitutionnels, à l'article 56 qui prévoit que les versions anglaise et française de certains textes constitutionnels auront également force de loi, ainsi qu'à l'article 57 qui prévoit que les versions française et anglaise de la Loi constitutionnelle de 1982 auront également force de loi.

8. C'est le cas évidemment de toutes les dispositions relatives à l'usage de l'anglais ou du français contenues dans des lois ordinaires ou quasi-constitutionnelles, fédérales ou provinciales. Mentionnons à titre d'exemple la Charte de la langue française, L.R.Q. 1977, c. C-11, mod. par L.Q. 1983, c. 56, la Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick, L.R.N.B. 1973, c. 0-1, la Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick, L.N.B. 1981, c. 0-1.1, et, bien sûr, la nouvelle Loi sur les langues officielles, chapitre 38 des Statuts du Canada de 1988. Cette dernière loi, une loi fédérale sanctionnée le 28 juillet 1988, est entrée en vigueur le 15 septembre 1988, sauf l'article 95 qui n'entrera en vigueur que le 1er février 1989. Par l'article 110 de cette loi est abrogée la Loi sur les langues officielles que l'on retrouvait au chapitre 0-2 des Statuts révisés du Canada de 1970.

Précisons de plus que notre étude ne portera que sur la modification des dispositions substantielles, par opposition aux dispositions interprétatives, par exemple. Nous n'étudierons donc pas les modalités de la modification des articles 16 (3) et 21 de la Charte canadienne des droits et libertés.⁽⁹⁾ La modification des paragraphes (1) et (2) de l'article 16 de la Charte fera toutefois l'objet de notre recherche, bien que la Cour suprême du Canada en ait fortement mis en doute le caractère exécutoire à l'occasion de l'affaire Société des Acadiens.⁽¹⁰⁾ Il nous semble en effet que, comme l'a affirmé le juge Dickson dans la même affaire : «Peu importe qu'il soit visionnaire, qu'il soit déclaratoire ou qu'il participe d'une disposition de fond, l'art. 16 est un outil important dans l'interprétation des autres

8. (suite)

Pour une liste de lois fédérales et provinciales portant sur la langue, voir l'article de Armand L. C. DE MESTRAL et William FRAIBERG, Language Guarantees and the Power to Amend the Canadian Constitution, (1966-67)12 McGill L.J., 502, particulièrement aux pages 506 à 509. Voir aussi la liste impressionnante des lois et règlements fédéraux et provinciaux touchant les droits linguistiques que l'on retrouve dans M. BASTARACHE ET AUTRES, Les droits linguistiques au Canada, Montréal, Les éditions Yvon Blais Inc., 1986, aux pages 549 à 555. Voir enfin, en ce qui concerne les lois portant sur la langue dans les provinces de l'Ontario et de la Colombie britannique plus particulièrement, J. E. MAGNET, Canada's System of Official Bilingualism: Constitutional Guarantees for the Legislative Process, (1986) 18 Ottawa Law Review, 227, à la page 228, note 1.

9. Pour les mêmes motifs, nous ne discuterons pas non plus des modalités de la modification des articles 26 et 27 de la Charte, bien que ceux-ci puissent avoir une certaine influence sur l'interprétation des droits linguistiques substantiels que cette même Charte reconnaît.
10. Société des Acadiens c. Association of Parents, précité, note 3. Voir l'opinion des juges majoritaires, rendue sous la plume du juge Beetz, aux pages 578 à 580.

dispositions linguistiques de la Charte (...)).⁽¹¹⁾ Or, c'est justement parce que les paragraphes (1) et (2) de l'article 16 tiennent un rôle important dans le régime linguistique instauré par la Loi constitutionnelle de 1982 que nous les incorporerons dans notre étude.

Nous n'entendons pas non plus avoir recours, dans notre étude, aux grands principes d'interprétation des droits linguistiques qui ont été élaborés par les tribunaux. Il nous semble en effet que l'application de ces principes a été bien aléatoire jusqu'à maintenant. Certes, tout le monde s'entend pour reconnaître que la langue est l'outil privilégié de la communication⁽¹²⁾ et, qu'en conséquence, les droits linguistiques doivent être

11. Société des Acadiens c. Association of Parents, précité, note 3, 565.

12. Voir, à cet effet, les propos tenus par la Cour suprême du Canada dans le Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, /1985/ 1 R.C.S. 721, à la page 744 :

L'importance des droits en matière linguistique est fondée sur le rôle essentiel que joue la langue dans l'existence, le développement et la dignité de l'être humain. C'est par le langage que nous pouvons former des concepts, structurer et ordonner le monde autour de nous. Le langage constitue le pont entre l'isolement et la collectivité, qui permet aux être humains de délimiter les droits et obligations qu'ils ont les uns envers les autres, et ainsi, de vivre en société.

Également cité par le juge La Forest, dans l'arrêt R. c. Mercure, /1988/ 1 R.C.S. 234, à la page 269. Le juge La Forest affirme également, à la page 268 : «On peut difficilement nier que la langue est profondément ancrée dans la condition humaine.»

Voir enfin l'opinion du juge Dickson dans l'arrêt Société des Acadiens c. Association of Parents, précité, note 3, 566 : «La langue, tant parlée qu'écrite, sert à communiquer avec autrui.»

interprétés libéralement.⁽¹³⁾ Mais on s'étonne néanmoins que ce principe d'interprétation libérale ait, par exemple, permis l'application de l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 aux organismes quasi-judiciaires,⁽¹⁴⁾ mais n'ait toutefois par permis d'inclure, dans le droit de s'adresser à la cour en anglais ou en français, celui d'être compris dans la langue choisie.⁽¹⁵⁾ À moins, bien sûr, que cette anomalie ne s'explique par la façon arbitraire dont la Cour suprême se permet de restreindre l'application du principe de l'interprétation libérale des droits linguistiques, comme en témoignent ces propos du juge Dickson dans l'affaire Société des Acadiens :

(...) la Cour est disposée à donner aux garanties constitutionnelles en matière linguistique une interprétation

-
13. Voir André TREMBLAY, L'interprétation des dispositions constitutionnelles relatives aux droits linguistiques, (1983) 13 Man. L.J. 651, à la page 653 : «En bref, l'interprétation large, libérale et dynamique du dispositif linguistique de la Constitution serait en harmonie avec l'importance exceptionnelle qu'il y occupe (...).» Également cité par le juge Dickson dans l'arrêt Société des Acadiens c. Association of Parents, précité, note 3, 564.
 14. Nous faisons bien sûr référence à l'arrêt Procureur général du Québec c. Blaikie, /1979/ 2 R.C.S. 1016 (Blaikie n° 1) où la Cour suprême du Canada s'est montrée prête à étendre le sens ordinaire de l'expression «tribunaux» employée à l'article 133, de manière à éviter que ne soit contrecarré l'objet fondamental des garanties linguistiques. Voir peut-être plus particulièrement la page 1029 de cette décision.
 15. Nous faisons référence à la décision majoritaire rendue sous la plume du juge Beetz dans l'arrêt Société des Acadiens c. Association of Parents, précité, note 3, où il a été jugé, aux pages 578 et 580, que l'article 19 (2) de la Loi constitutionnelle de 1982, s'il confère le droit d'utiliser l'anglais ou le français devant les tribunaux du Nouveau-Brunswick, ne confère toutefois pas le droit d'être compris en cette langue. Le juge Beetz a même affirmé que la Cour devait faire preuve de retenue dans l'interprétation des droits linguistiques de la Charte canadienne des droits et libertés.

large, tout en admettant certaines restrictions à la portée de ces garanties lorsque le texte des dispositions l'exige.⁽¹⁶⁾

Mentionnons enfin que nous ne traiterons pas non plus des problèmes que soulève l'utilisation de l'article 1 ou de l'article 33 de la Loi constitutionnelle de 1982 comme moyens de modifier la Constitution sans observer les formules prescrites. Dans l'affaire P.G. Québec c. Quebec Protestant School Boards,⁽¹⁷⁾ la Cour suprême du Canada a, en effet, clairement établi que les restrictions que l'article 1 permet d'apporter aux droits et libertés qui sont énoncés dans la Charte canadienne des droits et libertés ne sauraient « (...) »

-
16. Voir l'opinion du juge Dickson dans l'arrêt Société des Acadiens c. Association of Parents, précité, note 3, 564.

L'arbitraire vient du fait qu'il est très difficile de déterminer quand le texte d'une disposition en commande une interprétation restrictive. Par exemple, pour ne parler que de l'arrêt Société des Acadiens, rien dans le texte de l'article 19 (2) de la Charte canadienne des droits et libertés ne semblait exiger l'interprétation restrictive que la Cour lui a pourtant donnée.

Notons d'ailleurs que les propos en question ont été tenus par le juge Dickson après qu'il eût procédé à une intéressante rétrospective de l'interprétation donnée aux droits linguistiques par la Cour suprême du Canada, depuis l'affaire Jones jusqu'aux affaires Bilodeau et MacDonald : voir aux pages 561 à 564 de la décision.

Voir également l'étude des arrêts Blaikie (n° 1 et n° 2) et Jones, faite par le juge Wilson dans la même affaire : aux pages 624 et 625. Cette étude a amené le juge Wilson à affirmer, à la page 624 :

L'aspect le plus remarquable, et le plus utile aux fins des présents motifs, de la jurisprudence portant sur l'art. 133 est la façon large et fondée sur l'objet visé dont elle aborde la portée des droits linguistiques. C'est le cas du moins des arrêts de cette Cour.

17. Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards et al., /1984/ 2 R.C.S. 66.

équivaloir à des modifications de la Constitution du Canada dont la procédure est prescrite par les art. 38 et suiv. de la Loi constitutionnelle de 1982.⁽¹⁸⁾ De même, dans l'affaire Alliance des professeurs de Montréal, les requérants avaient plaidé que le recours systématique à la clause dérogatoire prévue à l'article 33 constituait une législation déguisée portant en fait sur la modification constitutionnelle, et devait être invalidé pour ce motif. La Cour supérieure n'a pas retenu cet argument.⁽¹⁹⁾ L'argument a toutefois été repris devant la Cour d'appel du Québec.⁽²⁰⁾ La Cour d'appel ne s'est pas prononcée sur cette question, mais a néanmoins accueilli le pourvoi pour d'autres motifs.⁽²¹⁾

Voilà donc ce qui fera, ou ne fera pas, l'objet de notre étude. Mais avant d'entrer dans le vif du sujet, à savoir la modification des dispositions constitutionnelles relatives à l'usage de l'anglais ou du français, proposons-nous de revoir plus à fond les différentes étapes de la lente progression du Canada vers la maîtrise des leviers de la modification de sa

18. Id., 86; voir également les pages 87 et 88.

19. Voir l'arrêt Alliance des professeurs de Montréal c. P.G. du Québec, /1985/ C.S. 1272, aux pages 1277 et 1281.

20. Voir notamment le mémoire soumis par le Procureur général du Canada, à titre d'intervenant, dans le dossier n^o 500-09-000976-837. Le chapitre 5 de ce mémoire s'intitule : Les articles contestés de la Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982 et le recours systématique à une clause dérogatrice (sic) constituent un amendement indirect à la Loi constitutionnelle de 1982.

21. Alliance des professeurs de Montréal c. Le Procureur général du Québec, /1985/ C.A. 376.

Notons qu'une requête pour permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada a été accueillie par cette dernière en 1985. L'affaire n'a toutefois pas encore été entendue, et il y a tout lieu de croire qu'elle ne le sera pas prochainement puisque le dossier conjoint et les mémoires n'ont même pas encore été déposés au dossier de la Cour.

propre constitution et, plus particulièrement, de la modification de ses dispositions constitutionnelles relatives à l'usage de l'anglais ou du français.

PREMIÈRE PARTIE

LE RÉGIME DE MODIFICATION DES DISPOSITIONS DE LA CONSTITUTION DU CANADA RELATIVES À L'USAGE DE L'ANGLAIS OU DU FRANÇAIS.

Dès les premières années qui ont suivi la création du Canada, de nombreux efforts ont été portés en vue de récupérer ce qui semblait être une compétence gênante du Parlement britannique en droit constitutionnel canadien : le pouvoir de modifier notre constitution. Par exemple, en 1927, le ministre fédéral de la Justice, Ernest Lapointe, avait affirmé : « (...) le Canada, vu la nature du statut qui le gouverne (...), vu également la procédure fort compliquée en usage, devrait posséder le pouvoir de modifier sa propre constitution, et il conviendrait de demander au Parlement anglais d'adopter une loi à cet effet (...). »⁽²²⁾

Quelques années plus tard, c'était au tour du premier ministre Louis St-Laurent de tenir le même discours :

Le rôle qu'ont joué les Canadiens dans deux guerres mondiales a montré au delà de tout doute que nous sommes capables et en mesure d'assumer les responsabilités d'une nation pleinement souveraine. Mais notre caractère de nation adulte n'est pas encore pleinement reconnu dans notre Constitution ni nos lois... il faut en arriver à une méthode qui permette de modifier notre Constitution au Canada (...).⁽²³⁾

22. Voir le sommaire des délibérations de la Conférence fédérale-provinciale de 1927 (Document parlementaire n° 69, 1928); cité dans G. FAVREAU, Modification de la Constitution du Canada, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965, à la page 18.

23. Id., aux pages 23 et 24.

John G. Diefenbaker avait lui aussi affirmé en ce sens, en 1960 :

(...) Nous sommes encore obligés de nous adresser au parlement du Royaume-Uni pour faire agréer cette modification. J'espère que, bientôt, le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux s'entendront pour éliminer cette phase particulière afin de pouvoir, à l'intérieur de notre pays, modifier notre constitution selon une méthode qui convienne à toutes les parties intéressées et qui respecte les⁽²⁴⁾ prescriptions constitutionnelles des articles 91 et 92.

Nous rappellerons donc, dans cette partie, les différentes étapes de l'acquisition de la souveraineté constitutionnelle par le Canada, jusqu'en 1982, année où le Canada a pu enfin se doter de ses propres procédures de modification. Puis nous déterminerons quelles sont celles de ces procédures qui sont susceptibles de trouver application à l'égard des dispositions constitutionnelles relatives à l'usage de l'anglais ou du français. Enfin, nous établirons quelles sont justement les dispositions de la Constitution du Canada qui sont relatives, dans leur nature véritable, à l'usage de l'anglais ou du français.

24. Id., à la page 27.

Titre I

Les étapes de l'acquisition de la souveraineté constitutionnelle par le Canada.

Le 17 avril 1982, la Reine Élisabeth II, alors en visite au Canada, a proclamé l'entrée en vigueur de la Loi constitutionnelle de 1982. Cette loi était, en fait, le résultat d'une entente entre le fédéral et toutes les provinces, sauf le Québec, intervenue à l'issue d'une conférence fédérale-provinciale tenue à Ottawa, les 3, 4 et 5 novembre 1981. Comme nous l'avons déjà mentionné, cette loi a eu notamment pour effet d'opérer le rapatriement de la Constitution du Canada.

Dans les faits, le «rapatriement» signifiait deux choses : 1) le fait de rompre le lien entre le Royaume-Uni et le Canada en ce qui concerne les modifications à apporter à la constitution canadienne et 2) le fait de confirmer la constitution canadienne comme étant une loi faisant partie du droit positif canadien.

En rapatriant notre constitution, l'accord de 1982 a mis un terme à une bonne partie de l'impasse constitutionnelle dans laquelle s'étaient engouffrés les acteurs politiques canadiens depuis plusieurs années, impasse qui avait d'ailleurs amené le premier ministre Trudeau à s'inquiéter du fait que le Canada était le seul pays au monde dont la constitution devait être

modifiée par l'assemblée législative d'un autre pays.⁽²⁵⁾

Car il faut bien comprendre que lorsque le Canada a été créé par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique,⁽²⁶⁾ cette loi britannique ne contenait qu'une procédure de modification constitutionnelle bien sommaire. Il y avait certes quelques dispositions qui pouvaient être modifiées par le Parlement fédéral,⁽²⁷⁾ et d'autres dont la modification était laissée au loisir de l'une des provinces,⁽²⁸⁾ de quelques-unes d'entre elles,⁽²⁹⁾ ou de toutes les provinces.⁽³⁰⁾ Toutefois, la modification de toutes les autres

-
25. Voir B. MAZER, Sovereignty and Canada: An Examination of Canadian Sovereignty from a Legal Perspective, (1977-78) 42 Sask. Law Rev. 1, à la page 9, note 30 :

Prime Minister Trudeau has placed considerable emphasis on the uniqueness of the Canadian situation. On a number of occasions, when discussing the patriation of the Canadian constitution, he has emphasized the fact that Canada is the only country today which has to have its constitution amended by the legislature of another country.

26. British North America Act, 1867, 30-31 Vict. c. 3 (U.K.).

27. Voir les articles 35, 40, 41, 47, 130 et 131 : «jusqu'à ce que le Parlement du Canada en ordonne autrement».

Voir aussi l'article 105 : «jusqu'à modification par le Parlement du Canada».

Voir enfin l'article 16 : «jusqu'à ce qu'il plaise à la Reine d'en ordonner autrement».

28. Voir l'article 78.

29. Voir les articles 68, 83, 84, 134, 135 et 136.

30. Voir l'article 92 (1).

dispositions était, quant à elle, conservée par le Parlement britannique.⁽³¹⁾ On ne sera d'ailleurs pas surpris de remarquer que seules des dispositions portant sur les affaires locales pouvaient ainsi être modifiées par les autorités canadiennes,⁽³²⁾ Londres conservant le pouvoir de modifier les dispositions plus importantes.⁽³³⁾ Rappelons en effet que l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 n'avait fait que partager entre le fédéral et les provinces des pouvoirs législatifs portant sur les affaires internes⁽³⁴⁾ et, encore, ces pouvoirs ne pouvaient-ils être exercés que de façon compatible avec les lois britanniques qui, portant sur ces mêmes matières, auraient été

-
31. R. I. CHEFFINS a affirmé, dans The Constitution Act, 1982 and the Amending Formula: Political and Legal Implications, (1982) 4 Supreme Court L. R. 43, aux pages 44 et 45, que : «The British North America Act, 1867 (...) did not contain a Canadian amending formula because it was assumed that, as an ordinary act of the Parliament of Great Britain, it would be amended in the same way as any other act of the Parliament of Great Britain.»
 32. Voir Id., à la page 45 : «Most of these provisions were of a relatively minor nature, dealing, for example, with matters relating to the legislature or the elective process.»
 33. Voir Ibid. : «All matters of substance were accordingly left, legally, in the hands of the United Kingdom Parliament.»

Notons, de plus, qu'aux pouvoirs de modification qui avaient été laissés au Canada par l'Angleterre (et dont nous avons déjà dressé la liste) doivent s'ajouter ceux conférés par les articles 2 et 3 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1871, ainsi que celui conféré par l'article 91 (1) de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 (... issu d'une modification apportée par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique (N° 2) de 1949 (13 Geo. VI, c.81 (U.K.))).

L'octroi de ces pouvoirs au Canada ne changea toutefois rien au fait que Londres avait la mainmise sur la modification des conditions les plus essentielles de l'union fédérative.

34. Voir B. MAZER, Loc. Cit., note 25, à la page 11 : «The B.N.A. Act itself is concerned primarily with the powers of the federal and provincial governments to deal with matters of internal affairs».

dites applicables au Canada.⁽³⁵⁾ Notons toutefois que, dans les faits, Londres s'était abstenu de légiférer à l'égard des affaires internes canadiennes,⁽³⁶⁾ accordant ainsi au Canada une mesure appréciable d'indépendance.

Quoi qu'il en ait été, comme l'a affirmé Guy Favreau :

Au lendemain de la première guerre mondiale, le fait que le Canada était privé du pouvoir souverain essentiel de modifier sa Constitution prit de plus en plus aux yeux des penseurs politiques et des hommes d'État canadiens en vue les proportions d'une sérieuse anomalie. Le rôle important que le Canada avait joué dans la conduite des hostilités puis dans les négociations de la paix à Versailles avait eu l'effet d'attirer l'attention sur son état de dépendance à l'égard d'un autre pays dans le domaine constitutionnel. Ces vues critiques gagnèrent en popularité à la suite des Conférences impériales de 1926 et de 1930.⁽³⁷⁾

-
35. Comme il a été mentionné dans BRUN et TREMBLAY, Op. Cit., note 1, à la page 352 : «La situation préconfédérative a prévalu au-delà de la Confédération. La Loi constitutionnelle de 1867, en effet, n'a fait que confirmer en substance la situation existante.»

Or, parmi les éléments de la situation préconfédérative qui ont été continués par la Loi de 1867, se trouve justement le Colonial Laws Validity Act, 1867, 28-29 Vict., c. 63 (R.-U.), qui était venu «préciser que les lois des colonies ne sont pas nulles pour incompatibilité avec la common law britannique, mais seulement pour incompatibilité avec une loi du Parlement impérial s'appliquant à la colonie concernée ou avec un acte gouvernemental adopté en vertu d'une telle loi» : voir BRUN et TREMBLAY, Op. Cit., note 1, à la page 78.

36. Voir B. MAZER, Loc.Cit., note 25, à la page 11 : «By 1867, Great Britain had relinquished all important controls over local affairs.»

Voir également BRUN et TREMBLAY, Op. Cit., note 1, à la page 78 : «Après la Confédération, l'autonomie du Canada sur toutes matières domestiques fut vite confirmée par la jurisprudence.»

37. G. FAVREAU, Op. Cit., note 22, à la page 17.

Lors de la Conférence impériale de 1926, en effet, un comité avait été créé pour faire l'étude des relations mutuelles de la Grande-Bretagne et des dominions dans l'Empire britannique. Ce comité, dirigé par le Comte de Balfour, avait couronné ses travaux par la déclaration suivante :

Ce sont, au sein de l'Empire britannique, des collectivités autonomes de statut égal; elles ne sont d'aucune manière subordonnées les unes aux autres à aucun point de vue domestique ou extérieur; mais elles sont unies par une allégeance commune à la même couronne et associées librement comme membres du Commonwealth des nations britanniques. (38)

La déclaration Balfour a été endossée par la Conférence. Elle laissait la Couronne comme seul lien juridique entre des États indépendants. Mais ce lien n'impliquait aucune subordination : les dominions et la Grande-Bretagne étaient reconnus comme étant des pays autonomes et égaux, et ce, tant dans les affaires internationales que dans les affaires intéressant le Royaume lui-même. (39)

En d'autres termes, la déclaration Balfour reconnaissait au Canada le droit d'accéder au rang d'État indépendant dans la communauté des nations. (40) On comprend facilement qu'il soit devenu urgent par la suite de

38. Voir BRUN et TREMBLAY, Op. Cit., note 1, à la page 82.

Voir également le texte original anglais dans Gil RÉMILLARD, Historique du rapatriement, (1984) 25 C. de D. 15, à la page 20. Ce texte est également cité dans Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution, /1981/ 1 R.C.S. 753, à la page 790.

39. Voir B. MAZER, Loc. Cit., note 25, à la page 11 : «The Imperial Conference of 1926 issued a formal statement proclaiming the complete equality which was manifest not only in international affairs but also within the kingdom.»

40. Voir G. RÉMILLARD, Loc. Cit., note 38, à la page 21, citant McInnis.

traduire en forme législative les règles nécessaires à la mise en oeuvre effective de cette déclaration de principe. Ce travail, commencé par la conférence «On Dominion Laws» de 1929, puis continué par la conférence impériale sur le Colonial Laws Validity Act de 1930, a finalement abouti en 1931 à l'édiction du Statut de Westminster,⁽⁴¹⁾ une loi britannique.

Par le Statut de Westminster, le Canada a acquis une pleine souveraineté en matière d'affaires extra-territoriales. Cette loi a également abrogé le Colonial Laws Validity Act, faisant ainsi en sorte qu'à l'avenir aucune loi canadienne ne puisse être annulée pour cause d'incompatibilité avec une loi impériale s'appliquant au Canada.⁽⁴²⁾ Enfin, on a décrété, dans le Statut de Westminster, qu'aucune loi du Royaume-Uni ne devrait à l'avenir s'appliquer au Canada, à moins qu'il n'y soit formellement déclaré qu'elle a été édictée à la demande du Canada, et avec son assentiment.

Toutefois, parce que certaines provinces avaient exprimé des craintes que de telles dispositions ne permettent au Parlement fédéral d'empiéter sur les droits des législatures provinciales et d'exercer des pouvoirs qui dépassent sa propre compétence, on a prévu une disposition,

41. 22 Geo. V, chap. 4 (R.-U.).

Comme l'a si bien affirmé G. FAVREAU, Op. Cit., note 22, à la page 17 : «(...) le Statut de Westminster sanctionna en 1931 le principe de l'égalité des dominions du Commonwealth et du Royaume-Uni proclamé par la Conférence impériale de 1926.»

42. Voir les articles 2 (Lois du Parlement du Canada) et 7 (2) (Lois des législatures provinciales) du Statut de Westminster (1931).

l'article 7 (3), assurant que les droits des provinces définis dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique ne soient ni diminués ni abrogés :⁽⁴³⁾

7 (3) Les pouvoirs que la présente Loi confère au Parlement du Canada ou aux législatures des provinces ne les autorisent qu'à légiférer sur des questions qui sont de leur compétence respective.

De même, au chapitre de la modification constitutionnelle, le fédéral et les provinces n'ayant pas réussi à s'entendre sur des formules purement canadiennes, ces dernières avaient demandé à Londres de maintenir le statu quo. En fait, les provinces craignaient que, si les pouvoirs qu'avait l'Angleterre de modifier notre constitution étaient rapatriés sans un accord

-
43. C'est à l'occasion d'une conférence fédérale-provinciale tenue à Ottawa les 7 et 8 avril 1931 que les provinces ont eu l'occasion de faire valoir leurs craintes.

On peut retrouver dans G. FAVREAU, Op. Cit., note 22, aux pages 18 et 19, le texte du préambule de la résolution proposant qu'une adresse soit présentée à Sa Majesté pour demander la promulgation du Statut de Westminster, résolution soumise le 30 juin 1931 à la Chambre des communes par le premier ministre R. B. Bennett. On y retrouve également, à la page 19, les commentaires suivants :

Le premier ministre rappela que la Conférence fédérale-provinciale mentionnée dans le préambule avait été convoquée sur les instances de l'Ontario, qui avait reçu l'appui d'autres provinces. Certaines d'entre elles avaient exprimé des craintes que des dispositions aussi étendues que celles qui devaient s'inscrire dans le Statut de Westminster ne permettent à un parlement fédéral d'empiéter sur les droits d'une législature provinciale et d'exercer des pouvoirs qui dépassent sa propre compétence. Il fit ressortir que «... au cas où l'on prétendrait que les droits des provinces définis dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique sont diminués, modifiés ou abrogés» un article du Statut d'application spéciale au Canada devait déclarer, avec l'accord unanime des provinces, que tel n'était pas le cas.

préalable au Canada sur des formules de remplacement, le fédéral pourrait profiter de la situation pour apporter unilatéralement des modifications substantielles à nos textes constitutionnels.⁽⁴⁴⁾

C'est par l'article 7 (1) du Statut de Westminster que Londres a répondu à cette demande des provinces,⁽⁴⁵⁾ cet article constituant l'assise même de la «continuité juridique» en matière de modification constitutionnelle :

- 7 (1) Rien dans la présente Loi ne doit être considéré comme se rapportant à l'abrogation ou à la modification des Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867 à 1930, ou d'un arrêté, statut ou règlement quelconque édicté en vertu desdits Actes.

Cette situation a persisté au cours des années qui ont suivi, tant et si bien que même en 1978, dans l'opinion qu'il a rendu dans l'affaire Blaikie, le juge Lamer, alors de la Cour d'appel du Québec, pouvait encore affirmer :

-
44. En fait, en ne réussissant pas à s'entendre sur des formules de modification canadiennes, nos acteurs politiques ont raté une occasion historique de donner au Canada le plein contrôle de son évolution constitutionnelle. Comme l'a affirmé Gérald-A. BEAUDOIN, dans Le partage des pouvoirs, 3e édition, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1983, à la page 450 : «C'est à ce moment que le Canada aurait dû se donner une formule d'amendement.»

Et pourtant tous les espoirs étaient permis qu'une telle entente soit conclue avant 1931, puisque dès la Conférence de 1929 il avait été clairement établi que la question des formules de modification de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique était un sujet devant être étudié par «the appropriate Canadian authorities» : Voir G. RÉMILLARD, Loc. Cit., note 38, à la page 21, citant K. C. Wheare.

45. En fait, l'article 7 (1) répondait aux désirs des provinces canadiennes. Techniquement toutefois, c'est le Parlement fédéral qui en a suggéré l'édiction au Parlement britannique, avec l'assentiment de toutes les provinces.

Si le Canada jouit d'une souveraineté législative, comme l'ont affirmé certains, encore que d'autres le contestent, il ne jouit manifestement pas de sa souveraineté constitutionnelle, c'est-à-dire du pouvoir total d'amender sa constitution. Partant, sans pour autant décider la question, la seule exhaustivité qu'aurait le Canada serait celle du partage des pouvoirs législatifs. Comme certains auteurs emploient l'expression «pouvoirs législatifs» comme comprenant le pouvoir d'amender sa constitution, je dirai, pour éviter toute confusion, que, parce que le Canada n'a pas sa souveraineté constitutionnelle, l'exhaustivité du partage de ses pouvoirs législatifs n'inclut pas celui de ses pouvoirs d'amender sa constitution. Tous ceux qui ont parlé d'exhaustivité du partage des pouvoirs législatifs l'ont toujours compris ainsi, y inclus les juges qui ont rendu les arrêts que nous cite l'appelant à l'appui de sa thèse. Il en est de même, sauf deux exceptions, des auteurs auxquels nous réfère l'appelant. Rien de la démonstration de l'appelant nous autorise à conclure à la souveraineté constitutionnelle du Canada. Au contraire les textes de l'A.A.N.B., les modifications (amendements) qu'on lui apportait depuis 1867, surtout en 1949, ainsi que ceux que l'on ne lui apportait pas en 1931, en somme l'histoire législative de notre constitution, nous amènent à conclure qu'elle est encore à «rapatrier», conclusion, soit dit en passant, que plusieurs semblent partager puisqu'ils s'acharnent à en rechercher la formule alors que d'autres en ont peur. (46)

Ce rapatriement, c'est en 1982, comme nous l'avons dit, qu'il a été accompli. Mais le fait pour le Canada d'acquérir ainsi sa pleine souveraineté constitutionnelle a impliqué l'édiction de tout un ensemble de procédures en vertu desquelles les autorités canadiennes pourront, désormais, apporter

46. P. G. du Québec c. Blaikie, [1978] C.A. 351, aux pages 355 et 356.

Voir également en ce sens l'opinion du juge Bélanger, dans la même affaire, à la page 360 : «(...) en somme, il ne peut être question, pour une des parties composantes de l'union fédérative, de légiférer pour récupérer une partie de la souveraineté dont l'abandon a été décrété pour précisément permettre la création de l'union.»

elles-mêmes les modifications constitutionnelles souhaitées.⁽⁴⁷⁾ C'est ce nouveau régime de modification que l'on retrouve aux articles 38 à 49 de la Loi constitutionnelle de 1982. Mais ceci nous amène à la question suivante : Quelles sont les procédures de ce régime qui sont susceptibles de trouver application à l'égard des dispositions constitutionnelles relatives à l'usage de l'anglais ou du français?

47. Notons également que le rapatriement a aussi impliqué une actualisation de la Constitution du Canada : voir l'annexe de la Loi constitutionnelle de 1982. Contentons-nous simplement de mentionner qu'en vertu de cette actualisation, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 est devenu la Loi constitutionnelle de 1867. Quant à l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1871, auquel nous avons également déjà fait référence, il est devenu la Loi constitutionnelle de 1871.

Titre II

Les procédures de modification applicables aux dispositions constitutionnelles relatives à l'usage de l'anglais ou du français, en général.

De tout le régime de modification constitutionnelle qui fut instauré par la Loi constitutionnelle de 1982, il y a deux dispositions qui nous intéressent particulièrement parce qu'elles s'appliquent spécifiquement à la modification des dispositions de la Constitution du Canada relatives à l'usage de l'anglais ou du français : ce sont les articles 41 c) et 43 b).

Il va sans dire que les articles 41 c) et 43 b) ne couvrent pas toute modification des dispositions de la Constitution du Canada portant sur la langue, puisque ces deux articles ne s'intéressent qu'aux dispositions relatives à l'usage de l'anglais ou du français. Quant à la modification des dispositions de la Constitution du Canada qui pourraient, par exemple, porter sur l'usage des autres langues, alors la formule générale de modification constitutionnelle établie par l'article 38 de la Loi constitutionnelle de 1982 pourra trouver application.

Notre prétention est toutefois que, à l'égard de la modification des dispositions de la Constitution du Canada qui sont relatives à l'usage de l'anglais ou du français, les articles 41 c) et 43 b) sont exhaustifs. En effet, l'article 43 b) s'applique à la modification des dispositions qui sont «relatives à l'usage du français ou de l'anglais dans une province». L'article 41 c), quant à lui, s'applique à la modification de toute

disposition de la Constitution du Canada qui porte sur l'usage du français ou de l'anglais et qui n'est pas visée par l'article 43.⁽⁴⁸⁾ Mais pour bien circonscrire la portée des articles 41 c) et 43 b), il faut maintenant se poser la question suivante : Quel sens doit être donné à l'expression «Constitution du Canada» que l'on retrouve dans chacun de ces articles?

D'une façon générale, on peut dire que «l/a Constitution d'un pays est l'expression de la volonté du peuple d'être gouverné conformément à certains principes considérés comme fondamentaux et à certaines prescriptions qui restreignent les pouvoirs du corps législatif et du gouvernement.»⁽⁴⁹⁾ Il serait toutefois plus exact de dire qu'elle est l'expression normative de cette volonté populaire puisque la notion de Constitution réfère à un ensemble de règles, soit justement celles qui ont pour objet les principes les plus fondamentaux de l'organisation et du fonctionnement de l'État.⁽⁵⁰⁾

48. L'article 41 c) dit effectivement s'appliquer «sous réserve de l'article 43.»

49. Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, précité, note 12, 745.

Voir aussi P. GÉRIN-LAJOIE, Constitutional Amendment in Canada, Toronto, University of Toronto Press, 1950, à la page 3 : «The constitution of a country, defined in general terms as the body of basic rules governing State organization and activity (...)».

Pour d'autres définitions de l'expression «Constitution» en général, voir également l'arrêt Alliance des professeurs de Montréal c. P. G. du Québec, précité, note 21, 377-378.

50. Comme l'a affirmé Jean-Charles BONENFANT dans La constitution, Montréal, La Presse Ltée, 1976, à la page 5 :

(...) la Constitution est l'ensemble des dispositions qui prévoient l'organisation et le fonctionnement des mécanismes de l'État. En ce sens, tout État possède une Constitution, car dès que dans un territoire des personnes sont gouvernées, elles le sont selon certaines règles qui peuvent être plus ou moins développées mais qui existent toujours.

Dans certains pays, comme par exemple les États-Unis, ces règles se retrouvent écrites dans un document unique, une loi fondamentale.⁽⁵¹⁾ Dans d'autres pays toutefois, comme par exemple la Grande-Bretagne, ces règles peuvent être écrites ou non écrites et, plutôt que d'être confinées à un seul document, sont en fait établies par différentes sources normatives.⁽⁵²⁾

50. (suite)

Voir également, dans le même sens, Georges SCELLE, Le droit constitutionnel international, Mélanges Carré de Malberg, Paris, Sirey, 1933, p. 505; cité par Alain-François BISSON, La Charte québécoise des droits et libertés de la personne et le dogme de l'interprétation spécifique des textes constitutionnels, (1986) 17 R.D.U.S. 19, à la page 21 :

Il y a constitution et normes constitutionnelles toutes les fois qu'il y a élaboration de règles normatives destinées à traduire les nécessités essentielles des rapports sociaux et à fournir, fût-ce de façon rudimentaire, les moyens de mise en oeuvre de ces règles fondamentales.

51. Sir William Ivor Jennings avait par exemple affirmé, dans The Law and the Constitution, 5e édition, Londres, University of London Press, 1964, à la page 33 :

The word «constitution»... means the document in which are set out the rules governing the composition, powers and methods of operation of the main institutions of government, and the general principles applicable to their relations to the citizens.

Puis il avait cité l'Irlande et les États-Unis à titre de pays dont la Constitution repose sur un document unique de grande autorité.

52. Voir P. W. HOGG, Constitutional Law of Canada, Toronto, The Carswell Company Limited, 1977, à la page 2 :

The word constitution is, however, often used in a second, wider sense, as including all of the important rules, whatever their source, which allocate governmental power within a nation; in other words, all of the important rules which establish, empower and regulate the principal institutions of government. The wide sense of the word includes the rules which are contained in the basic constitutional document (if there is one), but it also

La Constitution du Canada, modelée sur celle du Royaume-Uni,⁽⁵³⁾ puise également à différentes sources. Elle comprend en effet, ainsi que l'a établi la Cour suprême du Canada dans le Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution, des règles législatives, des règles de common law, ainsi que des conventions constitutionnelles. Il s'agit bien sûr de ces «règles et principes qui régissent la répartition ou l'exercice des pouvoirs constitutionnels dans l'ensemble et dans chaque partie de l'État canadien.»⁽⁵⁴⁾ Parmi les règles législatives d'ordre constitutionnel se

52. (suite)

encompasses rules which are not contained in the basic constitutional document, and even some rules which are not enforceable in the courts. The wide definition is inevitably the common one in the United Kingdom, because the United Kingdom lacks a single basic constitutional instrument which could be described as a constitution in the narrow sense.

53. Voir le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867 où il est dit que la fédération canadienne est censée reposer sur une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni.

Comme il est également affirmé dans G.-A. BEAUDOIN, Op. Cit., note 44, à la page 2 : «Nous n'avons pas comme la République voisine un document unique intitulé Constitution.»

54. Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution, précité, note 38, 874.

La notion d'État réfère, au plan juridique, à un réseau de normes autonome et intégré, indépendant de tout autre ordre juridique, et illimité dans son objet. En d'autres termes, dans le territoire étatique, l'État peut tout faire. Il jouit de ce qu'il est convenu d'appeler «la compétence de ses compétences», en ce que non seulement peut-il exercer des compétences prédéterminées mais encore peut-il définir et organiser ses propres compétences à l'égard de tous domaines, questions ou matières : Voir H. BRUN et G. TREMBLAY, Op. Cit., note 1, aux pages 59, 69 et 77.

La Constitution d'un État désigne donc l'ensemble des normes qui régissent l'exercice de cette souveraineté étatique. Mais dans un État de type fédéral comme le Canada, où la souveraineté étatique est partagée

retrouve évidemment la Loi constitutionnelle de 1867, longtemps considérée comme étant notre Constitution au sens formel du terme,⁽⁵⁵⁾ mais se retrouvent également d'autres lois britanniques ainsi que diverses lois fédérales ou provinciales.⁽⁵⁶⁾ Quant aux règles de common law, ce sont celles «(...) que les tribunaux ont élaborées au cours des siècles dans l'exécution de leurs fonctions judiciaires.»⁽⁵⁷⁾ Enfin, les conventions constitutionnelles sont ces principes, habituellement non écrits, qui ont été et sont encore reconnus

54. (suite)

entre deux niveaux de gouvernement, la «Constitution» désigne en fait une réalité qui englobe les normes relatives à l'exercice des fonctions étatiques par le niveau fédéral de gouvernement et celles relatives à l'exercice de ces mêmes fonctions par le niveau de gouvernement provincial, lui-même composé de dix provinces ayant chacune compétence à l'égard d'une partie définie du territoire étatique. La Constitution du Canada englobe donc la constitution de l'entité juridique fédérale et celle de chacune des dix provinces canadiennes.

55. Voir A. TREMBLAY, Op. Cit., note 5, à la page 4 :

Jusqu'en avril 1982, date de l'entrée en vigueur de la Loi sur le Canada (...), on a pu dire que la Loi constitutionnelle de 1867 était le document fondamental, c'est-à-dire notre Constitution prise au sens concret ou plutôt le document solennel, sanctionné par les tribunaux et contenant les principales normes relatives à la composition et aux pouvoirs des principaux organes de l'État.

56. Voir le Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution, précité, note 38, 876.

57. Ibid. De façon générale, quant aux règles de common law, voir Id., aux pages 876 et 877.

par les acteurs politiques comme étant essentiels au fonctionnement et au maintien de l'État, et au respect desquels ils se sentent liés.⁽⁵⁸⁾

Mais ces règles et conventions, bien qu'elles fassent toutes partie intégrante de notre Constitution, n'ont toutefois pas la même autorité. Certaines en effet, les conventions constitutionnelles, ne sont sanctionnables que dans l'arène politique. D'autres par contre, soit les règles législatives et de common law, peuvent être sanctionnées par les tribunaux et forment, de ce fait, ce qu'il est convenu d'appeler le «droit constitutionnel», cette dernière expression désignant l'ensemble des normes constitutionnelles dont la sanction appartient au pouvoir judiciaire.⁽⁵⁹⁾ Enfin, même parmi les règles législatives, il faut encore distinguer entre celles qui peuvent être

58. Id., aux pages 878 à 883 et 886 à 909. Voir par exemple à la page 880 : «L'objet principal des conventions constitutionnelles est d'assurer que le cadre juridique de la Constitution fonctionnera selon les principes ou valeurs constitutionnelles dominantes de l'époque.»

Puis, à la même page : «Fondées sur la coutume et les précédents, les conventions constitutionnelles sont habituellement des règles non écrites. Toutefois certaines ont pu être consignées (...).»

Également, à la page 883 : «(...) elles forment une partie intégrante de la Constitution et du régime constitutionnel. Elles relèvent du sens du mot 'Constitution' dans le préambule de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867; (...).»

Enfin, à la page 888 : «Les conditions à remplir pour établir une convention ressemblent à celles qui s'appliquent au droit coutumier. Les précédents et l'usage sont nécessaires mais ne suffisent pas. Ils doivent être normatifs.»

59. Dans les faits, comme l'a affirmé la Cour suprême du Canada dans le Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution, précité, note 38, 877 : «On désigne du terme générique de droit constitutionnel les parties de la Constitution du Canada qui sont formées de règles législatives et de règles de common law.»

modifiées par loi ordinaire et celles qui ne peuvent être modifiées qu'en vertu d'une procédure spéciale, différente de celle de l'adoption ordinaire des lois, et qui de ce fait ont l'autorité de la Constitution formelle.⁽⁶⁰⁾

La Loi constitutionnelle de 1982 contient sa propre définition de la Constitution du Canada. L'article 52 (2) nous dit en effet que cette expression comprend la Loi sur le Canada, dont la Loi constitutionnelle de 1982, et comprend également les textes législatifs et les décrets figurant à l'annexe 1 de cette dernière loi, ainsi que les modifications apportées aux documents en question. On y retrouve certaines lois britanniques (les Actes de l'Amérique du Nord britannique de 1867, 1871, 1886, 1907, 1915, 1930, 1940, 1949, 1960, 1964, l'Acte du parlement du Canada de 1875, l'Acte du Canada de 1889, le Statut de Westminster de 1931); certaines lois fédérales (l'Acte du Manitoba de 1870, l'Acte de l'Alberta de 1905, l'Acte de la Saskatchewan de 1905, les Actes de l'Amérique du Nord britannique de 1965, 1974, 1975, 1975 (N° 2)); et certains arrêtés en conseil rendus en vertu de l'article 146 de l'A.A.N.B. (1867).

On y retrouve également d'autres lois britanniques (les A.A.N.B. 1943, 1946, 1949 (N° 2), 1951) et des lois fédérales (l'Acte concernant l'Orateur canadien de 1895, l'A.A.N.B. (1952)) qui ont été abrogées par la proclamation même de la Loi constitutionnelle de 1982. Il s'agit là toutefois, comme l'usage de l'expression «comprend» en témoigne, d'une

60. La notion de «constitution formelle» réfère essentiellement, au Canada, à ces dispositions constitutionnelles qui, à cause de leur importance, ne peuvent être modifiées que par plus d'une assemblée législative. On y réfère parfois sous le nom de «constitution rigide» pour bien souligner l'immutabilité relative dont elle jouit par le fait qu'elle échappe aux procédures de modification des lois ordinaires ou quasi-constitutionnelles. De ce fait d'ailleurs, la «constitution formelle» jouit d'une véritable autorité supra-législative.

définition non exhaustive.⁽⁶¹⁾ Cela tient probablement au fait qu'il est très difficile de connaître exactement les éléments constitutifs de notre constitution.⁽⁶²⁾

Peut-on dès lors étendre la définition de l'expression «Constitution du Canada» des articles 41 c) et 43 b) jusqu'à y inclure l'ensemble ou certaines des dispositions des lois ordinaires ou quasi-constitutionnelles, comme par exemple la Loi sur les langues officielles ou la Charte de la langue française?⁽⁶³⁾ Nous ne le croyons pas. Il nous semble en effet que, dans le contexte de l'article 52 de la Loi de 1982, l'expression «Constitution du Canada» doit être lue en relation avec le premier paragraphe de cet article où il est affirmé qu'elle «(...) est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.»

61. Voir G. TREMBLAY dans La procédure de modification de la Constitution du Canada et ses puzzles, (1983) 43 R. du B., 1151, où, à la page 1151, il affirme sans ambages que l'article 52 (2) de la Loi de 1982, parce qu'il utilise justement le mot «comprend» («includes») plutôt que des mots comme «désigne» ou «signifie», commande une interprétation extensible.

Voir en ce sens également, BRUN et TREMBLAY, Op. Cit., note 1, à la page 368 : «La définition de la Constitution du Canada à l'article 52 emploie il est vrai le mot 'comprend' et non pas 'désigne'. Elle n'est pas restrictive.»

62. Voir H. McD. CLOKIE, Basic Problems of the Canadian Constitution, (1942) 8 Can. J. of E.P.S. 1, à la page 1 : «(...) no one knows where the constitution begins or ends.»

63. C'est du moins la question qui a été soulevée à l'égard justement de l'ancienne Loi sur les langues officielles, dans G. TREMBLAY, Loc. Cit., note 61, à la page 1152.

La question de l'applicabilité de l'article 41 c) de la Loi constitutionnelle de 1982 à l'égard de l'ancienne Loi sur les langues officielles a également été posée dans BRUN et TREMBLAY, Op. Cit., note 1, à la page 368.

Or, cette préséance de la Constitution du Canada ne peut se concevoir que dans la mesure où on reconnaît que celle-ci ne pourra pas être modifiée selon le processus législatif normal.⁽⁶⁴⁾ En d'autres termes, la modification de la Constitution du Canada impliquera généralement un recours à un processus de modification plus exigeant encore que celui appliqué aux lois formelles.⁽⁶⁵⁾

La notion de «Constitution du Canada» réfère donc essentiellement, aux fins de l'application de la Loi constitutionnelle de 1982, à cette partie de la constitution qui a une autorité supra-législative, c'est-à-dire qui ne peut être modifiée qu'en vertu d'une procédure spéciale, différente de celle de la modification des lois ordinaires ou quasi-constitutionnelles par le Parlement ou les législatures. Ainsi, hormis les rares cas où une interprétation plus étendue pourrait être nécessaire pour donner un sens à une disposition de la Loi de 1982, seuls des textes contenant au moins une disposition ayant valeur supra-législative pourront être inclus dans l'expression «Constitution du Canada» de l'article 52 (2).⁽⁶⁶⁾

64. Comme l'a affirmé la Cour suprême du Canada, dans le Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, précité, note 12, à la page 745 : «Elle est, comme le déclare l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982, la 'loi suprême' de notre pays, qui ne peut être modifiée par le processus législatif normal et qui ne tolère aucune loi incompatible avec elle.»

65. Remarquons d'ailleurs que, dans le contexte de la Loi constitutionnelle de 1982, ce qui rend ce processus plus exigeant, c'est qu'il fait appel à la participation de plus d'une autorité législative.

Il est de plus intéressant de remarquer que cette espèce d'intangibilité, qu'ont les dispositions de la Constitution qui ne peuvent être modifiées selon le processus législatif normal, porte souvent le nom d'«enchâssement».

66. Comme il a été affirmé dans H. BRUN et G. TREMBLAY, Op. Cit., note 1, à la page 20 : «Présumément, chacun des textes inclus dans la Constitution comprend au moins une disposition qui a valeur supra-législative (...).»

Voilà donc, sans doute, ce en quoi la question de savoir ce qu'est la Constitution du Canada et la question de la modification constitutionnelle sont tant reliées.⁽⁶⁷⁾ Voilà également qui rend encore plus impérieux que nous déterminions précisément quelles sont ces dispositions de la Constitution du Canada qui sont relatives à l'usage de l'anglais ou du français.

66. (suite)

À la page 368, ces mêmes auteurs ont toutefois ouvert la porte à une interprétation plus étendue dans des cas où, comme pour l'article 41 d) de la Loi de 1982, une telle interprétation serait nécessaire pour donner un sens à une disposition.

Il ne nous semble toutefois pas nécessaire, pour donner un sens aux articles 41 c) et 43 b) de la Loi constitutionnelle de 1982, d'étendre la signification de l'expression «Constitution du Canada» jusqu'à ce qu'elle inclut des dispositions ordinaires ou quasi-constitutionnelles relatives à l'usage de l'anglais ou du français.

Nous partageons donc l'opinion qui avait été émise par BRUN et TREMBLAY, Op. Cit., note 1, à la page 368, à l'effet que l'article 41 c) ne devrait pas couvrir la Loi sur les langues officielles.

Nous verrons toutefois un peu plus loin que, contrairement à eux, nous sommes d'avis que l'article 41 c) devrait couvrir d'autres dispositions constitutionnelles que les seuls articles 16 à 20 de la Charte canadienne des droits et libertés.

67. Voir par exemple ce qu'en dit W. R. LEDERMAN, The Process of Constitutional Amendment for Canada, (1966-1967) 12 McGill L. J., 371, à la page 372 :

About the first thing to be done if one is to consider methods of amending the constitution is simply to define the meaning of the category «constitution» or «constitutional law». All law flows from or is part of the constitution, so that there is a sense in which all laws are constitutional laws, finding their legitimate ancestry proximately or remotely in what Professor Hans Kelsen called the Basic Norm. Obviously one cannot subject all legal change to special amending procedures, so that more precise and discriminating definitions of the content of the «constitution» are necessary.

Titre III

Les dispositions de la Constitution du Canada relatives à l'usage de l'anglais ou du français.

Parmi les textes constitutionnels qui font partie de la «Constitution du Canada», telle que cette expression est employée dans la Loi constitutionnelle de 1982, on retrouve, avons-nous vu, la Loi constitutionnelle de 1867. Or, un article de cette dernière loi retient particulièrement notre attention; c'est l'article 133 :

133. Dans les chambres du Parlement du Canada et les chambres de la législature de Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif; mais dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par-devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada qui seront établis sous l'autorité du présent acte, et par-devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de Québec, il pourra être fait également usage, à faculté, de l'une ou de l'autre de ces langues.

133. Either the English or the French Language may be used by any Person in the Debates of the Houses of the Parliament of Canada and of the Houses of the Legislature of Quebec; and both those Languages shall be used in the respective Records and Journals of those Houses; and either of those Languages may be used by any Person or in any Pleading or Process in or issuing from any Court of Canada established under this Act, and in or from all or any of the Courts of Quebec.

Les actes du parlement du Canada et de la législature de Québec devront être imprimés et publiés dans ces deux langues.⁽⁶⁸⁾

The Acts of the Parliament of Canada and of the Legislature of Quebec shall be printed and published in both those Languages.

Dans l'affaire Jones, le juge Laskin a dit de l'article 133 qu'il «(...) a été (...) décrit à bon droit comme donnant à toute personne un droit constitutionnel de se servir de l'anglais ou du français (...)»⁽⁶⁹⁾ /le soulignement est de nous/.

Il n'y a donc aucun doute dans notre esprit que l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 se qualifie comme étant une «disposition de la constitution du Canada relative à l'usage de l'anglais ou du français». Mais on peut se demander si, dans cette loi, il existe d'autres dispositions qui

68. Comme l'a rappelé le juge Beetz dans l'arrêt MacDonald c. Ville de Montréal, /1986/ 1 R.C.S. 460, à la page 487 : «Il n'existe toujours pas de version française officielle de l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 (...)».

La version que nous avons choisie est tirée du Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, précité, note 12, 730.

On peut retrouver, par exemple, d'autres versions de l'article 133 dans l'arrêt Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick, /1975/ 2 R.C.S. 182, à la page 188; ainsi que dans l'arrêt Société des Acadiens c. Association of Parents, précité, note 3, 561 et 573.

Toutes ces versions diffèrent les unes des autres, de façon non significative toutefois.

69. Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick, précité, note 68, 193.

Voir également l'opinion du juge Dickson dans l'arrêt Société des Acadiens c. Association of Parents, précité, note 3, 561 : «Dans son analyse des droits limités conférés par l'art. 133, le juge en chef Laskin a conclu en outre, à la p. 193, qu'il donne notamment à toute personne un droit constitutionnel d'employer le français ou l'anglais dans toute plaidoirie devant les tribunaux fédéraux et les tribunaux du Québec.»

peuvent se qualifier au même titre. Il semble bien que la réponse à cette question doive être négative pour le motif que, comme l'a rappelé le juge Laskin, encore une fois dans l'affaires Jones :

(...) il n'y a, dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, aucune autre disposition se rapportant au Parlement du Canada (le par. (1) de l'art. 91 mis à part) qui traite de la langue comme matière législative ou autre chose.⁽⁷⁰⁾

Certes, il y a l'article 93 qui peut donner lieu à certaines interrogations, mais il ne saurait être finalement retenu puisque les garanties qu'il accorde sont davantage de nature religieuse que linguistique.⁽⁷¹⁾ L'article 133 est donc la seule disposition de la Loi constitutionnelle de 1867 qui sera appelée à faire l'objet de notre étude.⁽⁷²⁾ Mais qu'en est-il des autres textes constitutionnels également mentionnés dans l'annexe de la Loi constitutionnelle de 1982?

70. Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick, précité, note 68, 193.

71. Voir à cet effet l'arrêt Procureur général du Québec c. Blaikie et autres (Blaikie n° 2) /1981/ 1 R.C.S. 312, à la page 324, où il est affirmé que «(...) les garanties accordées par l'article 93 sont de nature religieuse et non linguistique.»

Voir également l'arrêt Trustees of the Roman Catholic Separate Schools c. Mackell /1917/ A.C. 62, où, à la page 69, Lord Buckmaster a affirmé : «Further, the class of persons to whom the right or privilege is reserved must, in their Lordship's opinion be a class of persons determined according to religious belief, and not according to race or language.»

72. Voir l'arrêt Procureur général du Québec c. Blaikie et autres, précité, note 71, où, à la page 325, la Cour suprême a cité le passage suivant tiré de l'opinion de Lord Buckmaster dans l'arrêt Trustees of the Roman Catholic :

/traduction/ ... le seul article de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, qui se rapporte à l'utilisation des langues française et anglaise (art. 133) ne se rapporte pas à l'éducation et vise un objet tout à fait différent.

Dans la Loi de 1870 sur le Manitoba,⁽⁷³⁾ on retrouve l'article 23, qui contient des dispositions presque identiques à celles de l'article 133 :

23. L'usage de la langue française ou de la langue anglaise sera facultatif dans les débats des Chambres de la législature; mais dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada, qui sont établis sous l'autorité de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, et par devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de la province, il pourra être également fait usage, à faculté, de l'une ou l'autre de ces langues. Les actes de la législature seront imprimés et publiés dans ces deux langues.

23. Either the English or the French language may be used by any person in the debates of the Houses of the Legislature, and both those languages shall be used in the respective Records and Journals of those Houses; and either of those languages may be used by any person, or in any Pleading or Process, in or issuing from any Court of Canada established under the British North America Act, 1867, or in or from all or any of the Courts of the Province. The Acts of the Legislature shall be printed and published in both those languages.

Cette disposition nous apparaît, elle aussi, être relative à l'usage de l'anglais ou du français. De plus, comme c'est également le cas pour l'article 133, cette disposition a pleine valeur constitutionnelle puisque, comme l'a affirmé la Cour suprême du Canada : «la Loi de 1870 sur le Manitoba est maintenant enchâssée dans la Constitution du Canada en vertu de l'al. 52 (2) b) de la Loi constitutionnelle de 1982.»⁽⁷⁴⁾ L'article 23 sera donc lui aussi appelé à faire l'objet de notre étude.

73. 33 Vict., chap. 3 (Can.); S.R.C. 1970, app. II, N° 8.

74. Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, précité, note 12, 732. Voir également, dans le même arrêt, à la page 744 : «L'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba enchâsse une exigence impérative d'adopter, d'imprimer et de publier dans les deux langues officielles toutes les lois de la Législature (...)

Il impose à la législature du Manitoba une obligation constitutionnelle quant aux modalités et à la forme de l'adoption de ses lois.» /le soulignement est de nous/.

Dans la Loi constitutionnelle de 1982, on retrouve également un certain nombre de dispositions relatives à l'usage de l'anglais ou du français. Ce sont les articles 16 à 21.

16. (1) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada.

16. (1) English and French are the official languages of Canada and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the Parliament and government of Canada.

(2) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Nouveau-Brunswick; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions de la Législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick.

(2) English and French are the official languages of New Brunswick and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the legislature and government of New Brunswick.

(3) La présente charte ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais.

(3) Nothing in this Charter limits the authority of Parliament or a legislature to advance the equality of status or use of English and French.

17. (1) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans les débats et travaux du Parlement.

17. (1) Everyone has the right to use English or French in any debates and other proceedings of Parliament.

(2) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans les débats et travaux de la Législature du Nouveau-Brunswick.

(2) Everyone has the right to use English or French in any debates and other proceedings of the legislature of New Brunswick.

18. (1) Les lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux du Parlement sont imprimés et publiés en français et en anglais, les deux versions des lois ayant également force de loi et celles des autres documents ayant même valeur.

18. (1) The statutes, records and journals of Parliament shall be printed and published in English and French and both language versions are equally authoritative.

(2) Les lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux de la Législature du Nouveau-Brunswick sont imprimés et publiés en français et en anglais, les deux versions ayant également force de loi et celles des autres documents ayant même valeur.

19. (1) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux établis par le Parlement et dans tous les actes de procédure qui en découlent.

(2) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux du Nouveau-Brunswick et dans tous les actes de procédure qui en découlent.

20. (1) Le public a, au Canada, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec le siège ou l'administration centrale des institutions du Parlement ou du gouvernement du Canada ou pour en recevoir les services; il a le même droit à l'égard de tout autre bureau de ces institutions là où, selon le cas :

a) l'emploi du français ou de l'anglais fait l'objet d'une demande importante;

b) l'emploi du français et de l'anglais se justifie par la vocation du bureau.

(2) The statutes, records and journals of Parliament shall be printed and published in English and French and both language versions are equally authoritative.

19. (1) Either English or French may be used by any person in, or in any pleading in or process issuing from, any court established by Parliament.

(2) Either English or French may be used by any person in, or in any pleading in or process issuing from, any court of New Brunswick.

20. (1) Any member of the public in Canada has the right to communicate with, and to receive available services from, any head or central office of an institution of the Parliament or government of Canada in English or French, and has the same right with respect to any other office of any such institution where

a) there is a significant demand for communications with and services from that office in such language; or

b) due to the nature of the office, is reasonable that communications with and services from that office be available in both English and French.

(2) Le public a, au Nouveau-Brunswick, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec tout bureau des institutions de la législature ou du gouvernement ou pour en recevoir les services.

(2) Any member of the public in New Brunswick has the right to communicate with, and to receive available services from, any office of an institution of the legislature or government of New Brunswick in English or French.

21. Les articles 16 à 20 n'ont pas pour effet, en ce qui a trait à la langue française ou anglaise ou à ces deux langues, de porter atteinte aux droits, privilèges ou obligations qui existent ou sont maintenus aux termes d'une autre disposition de la Constitution du Canada.

21. Nothing in sections 16 to 20 abrogates or derogates from any right, privilege or obligation with respect to the English and French languages, or either of them, that exists or is continued by virtue of any other provision of the Constitution of Canada.

Toutes ces dispositions ont, à n'en pas douter, une valeur constitutionnelle⁽⁷⁵⁾ et, en conséquence, feront toutes l'objet de notre étude, sauf l'article 21 pour les motifs dont nous avons déjà discuté. Mais qu'en est-il de l'article 23 de la Loi de 1982 qui confère, sous certaines conditions et avec certaines limites, le droit à l'instruction dans la langue de la minorité? Il s'agit certes d'une disposition de nature constitutionnelle, au même titre que les articles 16 à 21. Il s'agit certes également d'une disposition linguistique.⁽⁷⁶⁾ Mais s'agit-il vraiment d'une disposition relative à l'usage de l'anglais ou du français, au sens où cette

75. En effet, comme l'affirme l'article 52 (2) de la Loi constitutionnelle de 1982 : «La Constitution du Canada comprend :

a) la Loi sur le Canada, y compris la présente loi :»

76. Dans son article intitulé Les droits linguistiques, dans BEAUDOIN-TARNOPOLSKY, Charte canadienne des droits et libertés, Montréal, Wilson & Lafleur, 1982, à la page 561, André TREMBLAY s'est surtout attardé à étudier le sens et la portée des articles 16 à 22 de la Charte canadienne des droits et libertés, ne consacrant que quelques paragraphes à l'article 23 afin, a-t-il lui-même affirmé, que son étude apparaisse plus complète.

expression est utilisée dans les articles 41 c) et 43 b) de la Loi constitutionnelle de 1982?

Certains auteurs ont complètement ignoré l'article 23 de la Loi de 1982 lors de leur étude des articles 41 c) et 43 b).⁽⁷⁷⁾ D'autres l'ont considéré cependant, et l'ont fait tomber sous le couvert de l'article 41 c) en tant que «disposition constitutionnelle qui affecte toutes les provinces.»⁽⁷⁸⁾ D'autres enfin l'ont carrément exclu de la portée des articles 41 c) et 43 b) en question. C'est le cas notamment de Henri Brun et de Guy Tremblay, qui se sont exprimés en ces termes :

77. C'est le cas par exemple de Guy TREMBLAY, Loc. Cit., note 61, et de Peter W. HOGG, Canada Act 1982 Annotated, Toronto, The Carswell Co. Ltd., 1982.

78. Voir André BRAEN, «Les recours en matière de droits linguistiques», dans M. BASTARACHE ET AUTRES, Op. Cit., note 8, p. 461, à la page 504.

Notons simplement que cette façon de voir l'article 23 de la Charte implique l'acceptation inconditionnelle de la thèse voulant que le droit conféré par cet article ait un aspect individuel, c'est-à-dire existe pour tout enfant d'un parent qui se qualifie sous le régime de celui-ci, autant qu'un aspect collectif, c'est-à-dire que sa mise en application est soumise à des exigences numériques : là où le nombre le justifie. En effet, si l'on acceptait plutôt la thèse contraire voulant que les exigences numériques se rapportent non pas qu'aux modalités d'exercice du droit en question mais également à l'existence même du droit, alors on ne pourrait aussi catégoriquement en venir à la conclusion que l'article 23, n'étant appelé à n'exister que là où le nombre le justifie, se trouvera, dans les faits, à affecter toutes les provinces. Quoi qu'il en soit, mentionnons simplement que le débat entre ces deux thèses en présence est bien engagé, et nous semble être très loin d'être réglé : voir par exemple, au soutien de la première thèse, Pierre FOUCHER, Les droits linguistiques en matière scolaire, dans M. BASTARACHE ET AUTRES, Op. Cit., note 8, p. 269, et Joseph E. MAGNET, Minority-Language Educational Rights, (1982) 4 Supreme Court L. R. 195; voir aussi, au soutien de la seconde thèse, Pierre CARIGNAN, De la notion du droit collectif et de son application en matière scolaire au Québec, (1984) 18 R.J.T. 1, et Daniel PROULX, La précarité des droits linguistiques scolaires ou les singulières difficultés de la mise en oeuvre de l'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés, (1983) 14 R.G.D. 335.

À part les dispositions relatives au bilinguisme institutionnel, il ne semble pas exister de clauses de la Constitution portant sur «l'usage du français ou de l'anglais». Même l'article 23, traitant des droits à l'instruction dans la langue de la minorité, n'entre pas clairement dans cette catégorie, d'ailleurs exceptionnelle. Ce serait alors la procédure normale de modification, prévue à l'article 38, qui s'appliquerait pour ces autres types de questions linguistiques. Cette conclusion est renforcée par le fait que l'expression «l'usage du français ou de l'anglais» fut amputée de l'article 91(1) de la Loi de 1867 où elle ne pouvait viser que le bilinguisme institutionnel établi par l'article 133 de la même Loi.⁽⁷⁹⁾

En ce qui nous concerne, nous sommes d'avis que, bien que l'article 23 de la Loi de 1982 accorde réellement un droit à l'usage de l'anglais ou du français dans l'exercice de l'une des activités de la vie sociale, l'éducation, tant la place qu'il occupe dans la Loi de 1982 que la nature de ses dispositions en font une mesure à part.⁽⁸⁰⁾ L'article 23 se retrouve

78. (suite)

Notons également que André BRAEN ne semble pas avoir tenu compte des problèmes que soulèverait la modification de l'alinéa 23 (1) a) de la Charte. En effet, cette disposition n'étant pas encore en vigueur au Québec (a. 59 de la Loi constitutionnelle de 1982), sa modification n'affecterait peut-être pas, de ce fait, toutes les provinces.

79. H. BRUN et G. TREMBLAY, Op. Cit., note 1, aux pages 571 et 572.

80. Voir, par exemple, P. FOUCHER, Loc. Cit., note 78, aux pages 283 et 284 :

(...) l'article 23 n'entre pas dans les catégories traditionnelles que les juristes versés dans le domaine des droits de la personne ont développées pour les aider à classer les droits fondamentaux. Son objet en fait un droit social et collectif, mais son statut constitutionnel, son libellé et sa portée permettent de l'envisager aussi comme un droit individuel.

Voir également l'arrêt Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards et al, précité, note 17, 79 :

L'article 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,

en effet dans une section distincte de celle réservée aux langues officielles, soit dans celle réservée aux droits à l'instruction dans la langue de la minorité. Il s'agit d'une disposition de droit nouveau qui comprend non seulement le droit de recevoir son instruction dans l'une des deux langues officielles, sous certaines réserves et à certaines conditions, mais également le droit de recevoir son instruction dans des établissements d'enseignement financés sur les fonds publics, et même le droit -- pour le groupe minoritaire concerné -- de gérer lui-même ces établissements, ainsi que, probablement, le devoir -- pour les législatures provinciales -- de légiférer pour créer un système scolaire acceptable.⁽⁸¹⁾

Or, il nous semble que les articles 41 c) et 43 b) de la Loi de 1982 réfèrent davantage à la perception traditionnelle des droits relatifs à l'usage de l'anglais ou du français. En cela rejoignons-nous l'opinion de Henri Brun et Guy Tremblay exprimée plus haut, et considérons-nous que l'article 23 en question ne devrait pas faire l'objet de notre étude.

80. (suite)

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.

Voir enfin J. E. MAGNET, Loc. Cit., note 78, à la page 214 :

Section 23 is unlike other rights enumerated in the Charter. It reorders priorities for the expenditure of public funds. It requires the construction of schools. It reorders the allocation of educational television networks. It requires the redrawing of school districts. It involves the exercise of governmental judgment. It must be implemented by political decisions and administrative machinery.

81. Voir P. FOUCHER, Loc. Cit., note 81, aux pages 273, 296 à 302, 304 et 305, 311 à 314.

Nous venons donc d'établir un certain nombre de dispositions relatives à l'usage de l'anglais ou du français : l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 (pour le Québec et le fédéral), l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba (pour le Manitoba) et les articles 16 à 20 de la Loi constitutionnelle de 1982 (pour le fédéral et le Nouveau-Brunswick). Nous venons de voir également que toutes ces dispositions font partie de la Constitution du Canada au sens de la Loi constitutionnelle de 1982 et sont, de ce fait, autant de restrictions à l'exercice régulier des pouvoirs législatifs de chacune des autorités concernées. Mais quelle est au juste la situation prévalant dans les autres provinces?

Il semble bien qu'il a toujours été reconnu que ces provinces étaient libres d'adopter les lois ordinaires qu'elles désiraient en matière linguistique sans aucune contrainte constitutionnelle,⁽⁸²⁾ sauf peut-être le cas de la Saskatchewan et de l'Alberta où existait une incertitude quant à l'existence d'une certaine exigence constitutionnelle de bilinguisme.⁽⁸³⁾ Et même dans le cas de ces deux dernières provinces, la Cour suprême du Canada a

82. Pour une vue d'ensemble de la situation en matière linguistique au Canada, voir A. L. C. DE MESTRAL et W. FRAIBERG, Op. Cit., note 8, aux pages 502 à 505.

83. Voir Id., page 518 : «In all other Provinces the provincial legislatures are apparently free to regulate the language of public institutions within their jurisdiction. This would apply to any express repeal of French as an official language in Alberta and Saskatchewan, assuming that the argument for its continued status as an official language of those Provinces is valid.»

Voir également Id., page 503, où, dans la note en bas de page n° 6, les auteurs expliquent avec plus de détails la situation existant en Alberta et en Saskatchewan.

récemment mis fin à l'incertitude en décidant, dans l'affaire Mercure,⁽⁸⁴⁾ que cette exigence de bilinguisme, bien qu'elle faisait partie de la Constitution de ces provinces, n'avait toutefois pas la valeur supra-législative qui avait été reconnue aux articles 133 et 23 en question.⁽⁸⁵⁾ Tant et si bien que la Saskatchewan a modifié sa propre constitution, par loi ordinaire, pour faire disparaître cette contrainte de bilinguisme,⁽⁸⁶⁾ et que l'Alberta a récemment

84. R. c. Mercure, précité, note 12.

85. L'article 110 de l'Acte des Territoires du Nord-Ouest, R.C.S. 1886, chap. 50, édicté de nouveau en 1891 (C.S. 1891, Chap. 22, art. 18), «(...) prévoyait l'utilisation du français et de l'anglais dans les procédures devant l'Assemblée territoriale ainsi que devant les cours de justice et exigeait l'utilisation de ces deux langues dans les procès-verbaux et les journaux de l'Assemblée de même que l'impression de ses lois dans les deux langues.» (Voir Id., 236) Cet article a été maintenu en existence par les articles 14 et 16 de la Loi sur la Saskatchewan, la loi constitutive de cette dernière province. La Cour suprême a néanmoins jugé que l'article 110 n'avait pas été enchâssé par la loi en question. (Voir Id., 272) Au contraire, de souligner la Cour, les articles 14 et 16 de la Loi sur la Saskatchewan prévoyaient clairement la possibilité pour la législature d'abroger les lois dont ils maintenaient l'existence. (Voir Id., 271) La Saskatchewan s'est donc vu autorisée à utiliser le pouvoir qui lui est conféré par l'article 45 de la Loi constitutionnelle de 1982 pour abroger l'article 110 en question, (Voir Id., 271) pour autant toutefois que cette abrogation respecte le mode et la forme requis par la loi au moment de son accomplissement, c'est-à-dire qu'elle se fasse en français et en anglais. (Voir Id., 277).

Il est toutefois à noter que l'arrêt Mercure ne concernait que la province de la Saskatchewan. L'Alberta n'est donc techniquement pas liée par cet arrêt. Il est toutefois bien connu que cette dernière province est, de par sa loi constitutive, dans une situation identique à celle qui a été réglée par la Cour suprême du Canada. La Cour n'a d'ailleurs pas été sans le rappeler (Voir Id., 256).

86. Voir la Loi relative à l'usage du français et de l'anglais en Saskatchewan, chapitre L-6.1 des lois de la Saskatchewan (1988) (Sanctionnée le 26 avril 1988); particulièrement l'article 13 : «L'article 110 de l'Acte des Territoires du Nord-Ouest, chapitre 50 des lois révisées du Canada (1886), en sa version du 1er septembre 1905, ne s'applique pas à la Saskatchewan pour ce qui est des matières relevant de la compétence législative de celle-ci.»

imité ce geste.⁽⁸⁷⁾

Inutile donc de mentionner que, la situation linguistique en Alberta et en Saskatchewan devant désormais être régie par des lois ordinaires, elle ne fera pas, à l'instar de la situation prévalant dans les autres provinces non astreintes à une quelconque forme de bilinguisme constitutionnel, l'objet de notre étude.

Il est toutefois intéressant de noter que, dans l'affaire Mercure, les juges majoritaires sont arrivés à la conclusion que l'article 110 de l'Acte des Territoires du Nord-Ouest n'était pas enchâssé, malgré la similitude qui existe entre le texte de cette disposition et le texte des articles 133 et 23, similitude d'ailleurs maintes fois constatée par la Cour elle-même.⁽⁸⁸⁾ Il semble en effet que ce sont les particularités du contexte historique de l'édiction de l'article 110 qui ont amené la Cour à soumettre ce dernier article à un mode de modification différent de celui applicable aux articles 133 et 23.⁽⁸⁹⁾ Ces particularités historiques tenaient, semble-t-il, au fait que, bien que le législateur «savait très bien comment enchâsser une

87. Voir la Loi linguistique, S.A. 1988, c. L-7.5 (sanctionnée le 6 juillet 1988); particulièrement l'article 7.

88. Voir l'arrêt R. c. Mercure, précité, note 12, 266, 269, 272 et 273.

89. Voir Id., 272.

(...) je ne crois pas que l'art. 110 ait été enchâssé après l'adoption de la Loi sur la Saskatchewan. Cette opinion, comme celle que j'ai exprimée concernant le maintien de l'article 110, est entièrement conforme à l'historique législatif de ces dispositions pertinentes.

disposition s'il voulait le faire»,⁽⁹⁰⁾ il a décidé de ne pas enchâsser l'article 110 parce que l'opinion qui prévalait à l'époque de son édicition était que les dispositions linguistiques ne soient pas enchâssées, mais tombent plutôt sous l'entier contrôle des législatures.⁽⁹¹⁾ En d'autres termes, il était clair pour la Cour suprême «(...) que les forces historiques qui ont engendré l'art. 110 étaient tout à fait différentes de celles qui ont entraîné le compromis linguistique de 1867 (...)»,⁽⁹²⁾ et que ce fait était suffisant en lui-même pour justifier l'application d'un mode de modification différent.⁽⁹³⁾

90. Voir Id., 271 :

Le Parlement savait très bien comment enchâsser une disposition s'il voulait le faire, c'est-à-dire en prescrivant expressément des droits linguistiques dans la Loi sur la Saskatchewan comme il l'a fait dans le cas de l'art. 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba. De telles dispositions, en accord avec l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867, sont protégées par la Constitution (...).

91. Voir Id., 256.

Toutefois, selon l'opinion qui prévalait, les dispositions linguistiques ne devaient pas être enchâssées de manière que les législatures soient laissées libres de régler cette question.

92. Voir Id., 253.

93. Voir Id., 276 et 277.

Il y a, bien entendu, cette différence que dans l'affaire Blaikie, la Cour était saisie d'une disposition enchâssée dans la Constitution. Mais, à mon avis, si cette différence revêt une importance décisive quant à la manière dont l'Assemblée législative peut modifier la loi, aussi longtemps qu'elle n'est pas modifiée, la situation juridique est la même que dans l'affaire Blaikie.

C'est justement dans cette perspective, c'est-à-dire en cherchant à connaître en quoi leur historique législatif peut être en mesure d'influencer leur modification, que nous allons maintenant étudier les modalités de la modification des dispositions de la Constitution du Canada relatives à l'anglais ou au français.

DEUXIÈME PARTIE

LES MODALITÉS PARTICULIÈRES DE LA MODIFICATION DES DISPOSITIONS DE LA CONSTITUTION DU CANADA RELATIVES À L'USAGE DE L'ANGLAIS OU DU FRANÇAIS.

Dans l'arrêt Mercure, le juge La Forest a tenu à rappeler que «les droits linguistiques relèvent de la catégorie des droits fondamentaux». (94) Mais il est sans doute opportun de rappeler également que, contrairement à ceux de ces droits fondamentaux qui découlent des règles de la justice naturelle, les droits linguistiques, eux, sont «particuliers au Canada». (95)

C'est d'ailleurs sans doute dans cette optique que le juge Dickson affirmait, dans l'arrêt Société des Acadiens :

La question de la dualité linguistique est une préoccupation de vieille date au Canada, un pays dans l'histoire duquel les langues française et anglaise sont solidement enracinées. Les garanties constitutionnelles en matière linguistique traduisent des efforts continus et

94. Voir Id., 268. Le juge La Forest rappelait alors les propos tenus par le juge Beetz dans l'arrêt Société des Acadiens c. Association of Parents, précité, note 3, 578.

95. Voir l'arrêt MacDonald c. Ville de Montréal, précité, note 68, 500 et 501 (j. Beetz, au nom de la majorité) :

Aussi, bien qu'ils jouissent d'une garantie constitutionnelle, les droits linguistiques comme ceux que protège l'art. 133 demeurent particuliers au Canada. Ils sont fondés sur un compromis politique plutôt que sur un principe et n'ont pas l'universalité, le caractère général et la fluidité des droits fondamentaux qui découlent des règles de la justice naturelle.

renouvelés en vue de réaliser le bilinguisme. Selon moi, nous devons nous efforcer particulièrement de rester fidèles à l'esprit et à l'objet des droits linguistiques enchâssés (...)⁽⁹⁶⁾

Nous nous proposons donc dans cette étude, pour justement rester fidèle à l'esprit et à l'objet des droits linguistiques dont nous discuterons, de tenir compte non seulement du fait que ceux-ci doivent répondre à des exigences pratiques, mais également du fait qu'ils se doivent, dans une certaine mesure, de « refléter la nature et l'histoire du pays », ⁽⁹⁷⁾ surtout « (...) dans un domaine aussi historiquement délicat que l'usage des langues française et anglaise (...) ». ⁽⁹⁸⁾ Ceci nous amènera à étudier non seulement le rôle qu'ont joué et que jouent encore ces dispositions linguistiques dans l'histoire du Canada, mais à voir également en quoi ce rôle peut influencer les modalités de leur modification.

Plus concrètement, en ce qui concerne l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 et l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba, notre étude historique portera d'abord sur la période précédant l'année 1982, année du rapatriement. Il sera alors intéressant de voir quel lien les tribunaux

96. Société des Acadiens c. Association of Parents, précité, note 3, 564.

Notons seulement que ces observations du juge en chef visaient particulièrement la protection accordée par la Charte canadienne des droits et libertés. Nous ne voyons toutefois pas pourquoi elles ne seraient pas pertinentes pour toutes les garanties constitutionnelles en matière linguistique. En fait, elles semblent même être pertinentes pour certaines garanties constitutionnelles non enchâssées : voir à titre d'exemple, l'arrêt R. c. Mercure, précité, note 12, 269 et 270, où le juge La Forest déclare ces observations pertinentes à l'article 110 de l'Acte des Territoires du Nord-Ouest.

97. Voir l'arrêt R. c. Mercure, précité, note 12, 269.

98. Voir Id., 277.

ont établi entre la nature de ces dispositions et leur modification. Puis nous étudierons en quoi cette jurisprudence peut encore trouver application après le compromis constitutionnel de 1982, et en quoi la nature des droits linguistiques en question est encore en mesure d'influencer le choix d'une procédure de modification plutôt qu'une autre.

Quant aux articles 16 à 20 de la Loi constitutionnelle de 1982, nous chercherons également à définir leur nature, à la lumière du rôle qu'a joué et qu'est encore appelée à jouer la Loi constitutionnelle de 1982 dans l'évolution du fédéralisme canadien. Nous verrons ensuite, bien sûr, en quoi leur nature, ainsi définie, justifie l'application d'une procédure de modification plutôt qu'une autre.

Aussi entamons-nous dès maintenant notre étude des modalités de la modification de toutes et chacune des dispositions de la Constitution du Canada relatives à l'usage de l'anglais ou du français avec, comme toile de fond, leur historique législatif et l'évolution de leur contenu social et juridique.⁽⁹⁹⁾

99. Voir l'opinion du juge Wilson dans l'arrêt Société des Acadiens c. Association of Parents, précité, note 3, 639 : «L'histoire continuera sans doute à donner de l'ampleur au contenu social de ces droits.»

Titre I

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

Longtemps pressenti comme devant être la pierre angulaire des droits linguistiques au Canada, l'article 133 n'a pourtant été qu'une assise bien fragile, étant donné la portée limitée que les tribunaux lui ont donnée.⁽¹⁰⁰⁾ En effet, comme l'affirmait la Cour suprême du Canada dans l'affaire Jones : «Les mots même de l'art. 133 indiquent qu'il n'est l'expression que d'une préoccupation limitée en matière de droits linguistiques (...)».⁽¹⁰¹⁾

-
100. Comme l'a affirmé C. A. SHEPPARD, dans The Law of Languages in Canada, Ottawa, Studies of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, 1971, à la page 99 :

Section 133 of the B.N.A. Act is thus the cornerstone of linguistic jurisdiction in Canada. One cornerstone is not sufficient to support an edifice, however, and section 133 is a rather shaky cornerstone, as an examination of its terms will establish clearly. Indeed a careful analysis of the terms of section 133 leads to the unavoidable conclusion that its scope is surprisingly limited.

101. Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick, précité, note 68, 193.

Voir en ce sens l'arrêt MacDonald c. Ville de Montréal, précité, note 68, 496 :

L'article 133 a introduit non pas un programme ou système de bilinguisme officiel global, même en puissance, mais plutôt une forme limitée de bilinguisme obligatoire au niveau législatif, combinée à une forme encore plus limitée d'unilinguisme optionnel, au choix de la personne qui s'exprime dans les débats parlementaires ou dans une instance judiciaire, ainsi que du rédacteur ou de l'auteur de procédures ou de pièces de procédure judiciaires.

Il n'en demeure toutefois pas moins que, dans sa nature même, l'article 133 est un droit de première importance. Pour le Québec bien sûr, où il «(...) reconnaît (...) la dualité linguistique (...) et garantit aux citoyens francophones et anglophones la protection efficace de leurs droits linguistiques par l'État»,⁽¹⁰²⁾ mais aussi pour l'ensemble du Canada, où certains nourrissent encore l'espoir de le voir servir de modèle à une expansion du bilinguisme.

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

101. (suite)

Voir, enfin, G.-A. BEAUDOIN, Le décor historique et constitutionnel (1983) 14 R.G.D. 227, à la page 227, où il est affirmé que l'article 133 «(...) n'a pas introduit dans notre constitution un concept véritable de langues officielles. Il faisait plutôt état d'un embryon de bilinguisme.»

102. MacDonald c. Ville de Montréal, précité, note 68, 538 (J. Wilson).

Chapitre I

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

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

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

Section I

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

«Il est indiscutable que l'article 133 s'applique tantôt au Canada, tantôt au Québec», devait affirmer le juge Deschênes dans l'affaire Blaikie.⁽¹⁰³⁾ Cet article possède donc deux parties ou, comme il a été souvent dit, deux aspects.⁽¹⁰⁴⁾

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

103. Blaikie et autres c. Procureur général du Québec et Procureur général du Canada /1978/ C.S. 37, à la page 57.

104. Voir, par exemple, Id., 58.

Sous-section 1

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

Dès la création du Canada par la Loi constitutionnelle de 1867, les législatures provinciales se sont vu reconnaître expressément le pouvoir de modifier leur constitution, sous réserve toutefois des dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur. En effet, l'article 92 (1) de la Loi de 1867 disposait de ce qui suit :

92. Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

92. In each province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, --

1. L'amendement de temps à autre, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte, de la constitution de la province, sauf les dispositions relatives à la charge de (105) lieutenant-gouverneur;

1. The Amendment from Time to Time, notwithstanding anything in this Act, of the Constitution of the Province, except as regards the Office of Lieutenant Governor.

Mais quelle était, en fait, la portée de ce pouvoir de modification et, surtout, en quoi aurait-il pu servir à la modification de l'aspect québécois de l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867?

105. Cette traduction non officielle de l'article 92 (1) est tirée de l'arrêt Procureur général du Québec c. Blaikie et autres, précité, note 14, 1021.

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

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

C'est le juge Deschênes, alors juge en chef de la Cour supérieure du Québec, qui a dû le premier se prononcer sur cette affaire.⁽¹⁰⁶⁾ Après avoir reconnu l'existence d'un conflit entre les articles 7 à 13 de la Charte et l'article 133, le juge Deschênes a étudié la question de savoir si l'article 92 (1) de la Loi de 1867 ne pouvait pas venir au secours des articles de la Charte en question. À cette fin, il a posé le problème de la façon suivante : « (...) pour que Québec puisse amender l'article 133, encore faut-il que

106. Blaikie et autres c. Procureur général du Québec et Procureur général du Canada, précité, note 103.

celui-ci fasse partie de la Constitution de la province et ne possède pas un caractère d'intangibilité.⁽¹⁰⁷⁾ /le soulignement est de nous/

Or, d'expliquer le juge Deschênes, non seulement l'intention des «Pères de la fédération canadienne» était-elle «(...) que cette disposition demeurât intangible et à l'abri de toute intervention législative par l'une ou l'autre des assemblées élues»,⁽¹⁰⁸⁾ mais, en plus, même le texte de l'article 133 reflétait clairement cette intention.⁽¹⁰⁹⁾

107. Id., 51.

108. Blaikie et autres c. Procureur général du Québec et Procureur général du Canada, précité, note 103, 53.

Voir également, à la page 54 : «La Cour conclut que, dans l'intention de ses rédacteurs, l'article 133 constituait une disposition intangible (...)».

À cet égard, le juge Deschênes nous rappela, aux pages 52 et 53 de son jugement, les propos tenus par Georges-Étienne Cartier, lors des grands débats parlementaires de 1865 :

(...) il fallait aussi protéger la minorité anglaise du Bas-Canada, relativement à l'usage de sa langue, parce que dans le parlement local du Bas-Canada la majorité sera composée de Canadiens-français. Les membres de la conférence ont voulu que cette majorité ne pût pas décréter l'abolition de l'usage de la langue anglaise dans la législature locale du Bas-Canada, pas plus que la majorité anglaise de la législature fédérale ne pourra le faire pour la langue française. J'ajouterai que l'usage des deux langues sera garanti dans l'acte impérial basé sur ces résolutions.

109. Voir Id., 58 :

La Cour, dans un chapitre précédent, exprimait l'opinion que l'article 133 constitue historiquement une disposition intangible de la Constitution canadienne. Il appert maintenant que le texte de l'A.A.N.B. ne s'oppose pas à cette interprétation et, quoi qu'on dise, n'a pas déjoué l'intention de ses auteurs.

Donc, de conclure le juge Deschênes, l'article 133 étant intangible et à l'abri de toute modification par loi ordinaire,⁽¹¹⁰⁾ le Québec n'avait pas la compétence voulue pour le modifier unilatéralement.⁽¹¹¹⁾ Le chapitre III de la Charte de la langue française, parce qu'il constituait justement une modification indirecte de l'article 133 par voie législative ordinaire, a donc été déclaré inconstitutionnel.

L'affaire a été portée devant la Cour d'appel du Québec. Cette Cour a unanimement confirmé le jugement de la Cour supérieure.⁽¹¹²⁾ Finalement, pourvoi a été interjeté en Cour suprême du Canada. Le plus haut tribunal du pays a reconfirmé les deux autres décisions déjà rendues, en ces termes :

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

111. Voir l'arrêt Blaikie et autres c. Procureur général du Québec et Procureur général du Canada, précité, note 103, 58.

112. Procureur général du Québec c. Blaikie et autres, précité, note 46.

La Cour d'appel du Québec a fondé sa décision sur le motif technique voulant que l'expression «constitution de la province» réfère exclusivement à la partie V de la Loi de 1867 intitulée «constitutions provinciales» : voir par exemple l'opinion du juge Lamer à la page 358 et celle de juge Bélanger à la page 360.

Il ne semble pas nécessaire de trancher la question de savoir si l'art. 128 fait partie de la constitution de la province et peut, à ce titre, être modifié en vertu du par. 92(1), afin d'étayer la prétention de l'appelant voulant que l'art. 133 puisse être modifié unilatéralement. Ceci tient à des motifs qui transcendent l'interprétation la plus large du par. 92(1), motifs qui ont été exposés de façon convaincante dans le jugement du juge en chef Deschênes et adoptés par la Cour d'appel du Québec.⁽¹¹³⁾

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

(...) l'intention des Pères de la Confédération de soustraire la question de l'usage de ces deux langues anglaise et française à la possibilité de l'arbitraire ou du caprice ou même, tout simplement, de la volonté perçue comme légitime d'une majorité, qu'elle fût anglophone dans le Parlement central ou francophone dans la législature de Québec.⁽¹¹⁴⁾

La Cour suprême s'est donc elle aussi fondée sur l'esprit de l'article 133 pour en déclarer l'intangibilité et l'exclure du pouvoir de modification conféré au Québec par l'article 92 (1) de la Loi constitutionnelle de 1867.⁽¹¹⁵⁾

113. Procureur général du Québec c. Blaikie et autres, précité, note 14, 1025.

114. Blaikie et autres c. Procureur général du Québec et Procureur général du Canada, précité, note 114, 53.

115. Voir l'arrêt Procureur général du Québec c. Blaikie et autres, précité, note 14, 1027 :

Sauf à examiner l'étendue de la protection accordée par l'art. 133 à l'usage du français ou de l'anglais, il ne paraît pas nécessaire de nous étendre davantage sur la question principale soulevée en l'espèce. Sur les questions de détails et d'histoire, il nous suffit de faire nôtres les motifs du juge en chef Deschênes renforcés par ceux de la Cour d'appel du Québec.

On comprend mieux d'ailleurs le lien qui peut exister entre l'esprit de l'article 133 et son exclusion de la portée de l'article 92 (1) lorsque l'on se rappelle que, lors de la création du Canada, les francophones du Québec se trouvaient plus que jamais minoritaires dans une fédération où les trois autres partenaires étaient composés majoritairement d'anglophones. De plus, le Parlement fédéral, par ailleurs contrôlé par une députation majoritairement anglophone, avait obtenu des pouvoirs considérables par la Loi constitutionnelle de 1867. Cette loi avait, en effet, créé un parlement central puissant dont les compétences s'étendaient à l'ensemble du développement économique, tel qu'on le concevait à l'époque, tandis que les provinces ne se voyaient attribuer, quant à elles, que les matières qui étaient d'une nature purement locale ou privée.

Cette situation, on s'en doute bien, n'a pas été sans soulever des craintes quant à l'avenir des Canadiens-français sous le nouveau régime fédéral et sans rendre impérieux que des droits soient reconnus à la langue française au niveau fédéral de gouvernement. Mais, d'autre part, la situation de la minorité anglophone au Québec avait, elle aussi, soulevé des craintes semblables. N'oublions pas, en effet, que la législature québécoise, pleinement souveraine dans sa sphère législative, était appelée à être largement contrôlée par des députés francophones. ⁽¹¹⁶⁾

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

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

Ces craintes, éprouvées par les minorités au niveau fédéral et au niveau québécois, ont donc demandé une solution où des protections efficaces seraient accordées à l'usage de l'anglais et du français. C'est par l'adoption de l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867, un article ayant pour objet la constitutionnalisation de l'égalité des langues française et anglaise au Québec et au fédéral, que le constituant a cherché à apporter ces protections et, conséquemment, a cherché à apaiser ces craintes.

Or, permettre à l'une des deux assemblées législatives concernées par l'article 133 de le modifier unilatéralement aurait pour effet de rendre ces protections bien précaires et ferait échec à l'intention des «Pères de la fédération canadienne» qui semble avoir été «(...) de protéger chacun des deux groupes linguistiques fondateurs de l'empêchement et finalement de la domination de l'autre.»⁽¹¹⁷⁾

117. MacDonald c. Ville de Montréal, précité, note 68, 538 (J. Wilson).

Sous-section 2

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

Le constituant n'a prévu, lors de la création du Canada en 1867, aucune disposition qui aurait pu conférer au Parlement canadien, à l'égard de sa régie interne, des pouvoirs analogues à ceux accordés aux provinces par l'article 92 (1) de cette même loi.

Ce n'est qu'en 1949 que le premier ministre Louis St-Laurent a cherché à corriger cette lacune de la Loi constitutionnelle de 1867, en requérant le Parlement britannique d'apporter à la Constitution canadienne une modification visant à doter le Parlement fédéral du pouvoir de modifier la «constitution du Canada», sauf dans cinq secteurs spécifiques. Le Parlement de Westminster a donné suite à l'adresse conjointe des deux chambres du Parlement fédéral, en édictant l'«Acte de l'Amérique du Nord britannique (N^o 2) 1949»,⁽¹¹⁸⁾ lequel a reçu la sanction royale le 16 décembre 1949, et lequel a apporté une modification à la Loi constitutionnelle de 1867 en ajoutant à son article 91 un paragraphe 1 se lisant comme suit :

118. A.A.N.B. (N^o 2) 1949, 13 Geo. VI, C. 81 (R.4).

Notons simplement que l'adresse conjointe a été adoptée par la Chambre des communes du Canada le 27 octobre 1949; par le Sénat canadien, le 9 novembre 1949; par la «House of Lords» de Londres, le 22 novembre 1949; et par la «House of Commons» de Londres, le 2 décembre 1949.

91. (...) L'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

1. La modification, de temps à autre, de la constitution du Canada, sauf en ce qui concerne les matières rentrant dans les catégories de sujets que la présente loi attribue exclusivement aux législatures des provinces, ou en ce qui concerne les droits ou privilèges accordés ou garantis, par la présente loi ou par toute autre loi constitutionnelle, à la législature ou au gouvernement d'une province, ou à quelque catégorie de personnes en matière d'écoles, ou en ce qui regarde l'emploi de l'anglais ou du français, ou les prescriptions portant que le Parlement du Canada tiendra au moins une session chaque année et que la durée de chaque Chambre des communes sera limitée à cinq années, depuis le jour du rapport des brefs ordonnant l'élection de cette chambre; toutefois, le Parlement du Canada peut prolonger la durée d'une Chambre des communes en temps de guerre, d'invasion ou d'insurrection, réelles ou appréhendées, si cette prolongation n'est pas l'objet d'opposition par les votes de plus d'un tiers des membres de la dite chambre. (119)

91. (...) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say, --

1. The Amendment from time to time of the Constitution of Canada, except as regards matters coming within the classes of subjects by the Act assigned exclusively to the Legislatures of the provinces, or as regards rights or privileges by this or any other Constitutional Act granted or secured to the Legislature or the Government of a province, or to any class of persons with respect to schools or as regards the use of the English or the French language or as regards the requirements that there shall be a session of the Parliament of Canada at least once each year, and that no House of Commons shall continue for more than five years from the day of the return of the Writs for choosing the House: Provided, however, that a House of Commons may in time of real or apprehended war, invasion or insurrection be continued by the Parliament of Canada if such continuation is not opposed by the votes of more than one-third of the members of such House.

119. Cette traduction non officielle de l'article 91 (1) est tirée de l'arrêt Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick, précité, note 68, 188 et 189.

Cet article permettait donc au Parlement canadien de modifier la constitution du Canada, sous réserve de certaines exceptions, dont l'une concernait «l'emploi de l'anglais ou du français». Mais, dans le contexte de l'article 91 (1), l'expression «la constitution du Canada» était ambiguë. Désignait-elle le Canada en tant qu'État, ou désignait-elle le gouvernement central canadien, souvent appelé le gouvernement du Canada?⁽¹²⁰⁾ La question était importante car, dans le premier cas, cette expression aurait recouvert l'ensemble des normes d'ordre constitutionnel du Canada, dont les normes juridiques formant les constitutions des provinces canadiennes; alors que dans le second cas, elle n'aurait compris que les normes constitutionnelles composant l'entité juridique fédérale. C'est aux tribunaux qu'a été laissée la tâche d'en déterminer le sens.⁽¹²¹⁾

120. Quant à cette question d'ordre sémantique, voir P. W. HOGG, Op. Cit., note 52, à la page 34.

121. Comme devait l'affirmer E. A. DRIEDGER, Constitutional Amendment in Canada (1962) 5 C.B.J. 52, à la page 57 :

One might ask what is meant by the expression «Constitution of Canada», as used in this amendment. Does it mean the whole of the British North America Acts? Does it mean more than that? Or less than that? Does it mean the Constitution of Canada as distinguished from the constitution of the provinces, i.e., is it confined to matters relating to the federal government only rather than to the whole governmental system of Canada? These are questions that, of course, can be decided only by the courts.

Voir également G.-A. BEAUDOIN, Op. Cit., note 44, à la page 454 : «(...) l'amendement de 1949 avait au moins le mérite de permettre aux Cours de justice de définir l'expression «Constitution du Canada» (...)).

Voir enfin P. W. HOGG, Commentaires/Comments (1980) 58 R. du B. Can., 631, à la page 636 :

The restrained use of section 91(1) since its adoption in 1949 never provided an occasion for a judicial interpretation of the phrase «the constitution of Canada». In

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

Je n'ai pas ici à énoncer de façon exhaustive ce que comprend, au par. (1) de l'art. 91, l'expression «la constitution du Canada». Elle comprend certainement l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, et ses modifications, et par conséquent l'art. 133. ⁽¹²²⁾

Ainsi envisagée, l'expression «la constitution du Canada» représentait l'ensemble des compétences en matière constitutionnelle, au Canada. Seules devaient y être soustraites les exceptions spécifiquement mentionnées. ⁽¹²³⁾ Une telle définition s'expliquait d'ailleurs d'autant mieux qu'à première vue, le pouvoir de modification constitutionnelle dévolu au Parlement fédéral par l'article 91 (1) paraissait utiliser l'expression «constitution du Canada» dans son sens le plus large. ⁽¹²⁴⁾

121. (suite)

this phrase, as in other constitutional contexts, the word «Canada» is ambiguous. It could mean the country as a whole («Canada as a geographical unit») or it could mean the central government («the juristic federal unit») as opposed to the provincial governments.

122. Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick, précité, note 68, 196.

123. Notons que certains auteurs étaient également d'avis qu'il fallait donner à l'expression la «constitution du Canada» l'interprétation la plus libérale possible, ne soustrayant au pouvoir de modification fédéral que les cinq exceptions expressément mentionnées à l'article 91 (1). Parmi ceux-ci, mentionnons F. R. SCOTT, The British North America Act (N° 2), 1949, (1949-50) VIII U.T.L.J. 201; et S. A. SCOTT, Bill C-60: Or, How Not to Draft a Constitution, (1979) 57 R. du B. Can. 587.

On peut d'ailleurs retrouver une analyse de l'opinion de F. R. SCOTT et de S. A. SCOTT dans P. W. HOGG, Loc. Cit., note 121, aux pages 636 et 638.

124. Voir G. TREMBLAY, La Cour suprême et l'amendement constitutionnel, (1980) 21 C. de D. 31, à la page 34.

Quoi qu'il en soit, dans le Renvoi sur le Sénat de 1979, la Cour suprême du Canada a fait volte-face⁽¹²⁵⁾ et a restreint de beaucoup la portée de cette expression. En effet, comme l'a affirmé la Cour :

Le procureur général du Canada prétend que le pouvoir conféré au Parlement par le par. 91(1) est limité uniquement par les exceptions expresses y contenues. Il soutient que la spécificité même de ces exceptions indique l'ampleur du pouvoir ainsi conféré. Si cette façon de voir était adoptée, cela signifierait que le Parlement fédéral, agissant unilatéralement, pourrait modifier n'importe quelle partie de l'Acte, sous réserve seulement des exceptions énoncées au par. 91(1). Mais, le par. 91(1) ne donne pas le pouvoir de modifier l'Acte. Il emploie plutôt l'expression «Constitution du Canada». À notre avis, le mot «Canada» au par. 91(1) ne se rapporte pas au Canada au sens géographique mais bien à l'entité juridique fédérale. La «Constitution du Canada» ne signifie pas l'ensemble de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, mais la constitution du gouvernement fédéral par opposition aux gouvernements provinciaux. Le pouvoir de modification conféré par le par. 91(1) est limité à ce qui concerne uniquement le gouvernement fédéral.⁽¹²⁶⁾

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

125. Comme l'a affirmé P. W. HOGG, Loc. Cit., note 121, à la page 637 :

Not only did the Supreme Court of Canada adopt inconsistent positions on the meaning of «the constitution of Canada» in the Jones case and Upper House Reference, in neither case did the court offer any reasons for the position taken. A commentator is therefore unusually free to express his own opinion on the preferable position.

126. Renvoi : compétence du Parlement relativement à la Chambre haute, [1980] 1 R.C.S. 54, aux pages 69 et 70.

En effet, nous croyons que le seul but de l'édiction du paragraphe 1 de l'article 91 a été d'accorder au Parlement fédéral un pouvoir analogue au pouvoir conféré aux provinces par l'article 92 (1) de la Loi constitutionnelle de 1867. N'oublions pas que l'autorité que les provinces canadiennes se sont vu accorder par l'article 92 (1) sur ce qu'il serait convenu d'appeler «l'organisation interne de l'État provincial», n'a pas été expressément accordée au Parlement du Canada relativement à l'organisation interne de «l'État fédéral». L'article 91 (1) venait donc, à notre avis, combler ce vide historique.⁽¹²⁷⁾ Mais alors, puisque le pouvoir de modification conféré par

127. Comme l'a affirmé S. A. SCOTT, Loc. Cit., note 123, à la page 592 :

This power was conceived essentially to permit the Parliament of Canada to deal with the central political institutions in much the same way as the provincial legislatures could deal with local institutions. In effect it was, more or less, an analogue of section 92.1.

Voir aussi Paul GÉRIN-LAJOIE, Du pouvoir d'amendement constitutionnel au Canada, (1951) 29 R. du B. Can. 1136, à la page 1141 :

(...) l'amendement St-Laurent, de 1949, octroie (sic) au Parlement fédéral un pouvoir d'amendement relativement vaste qui embrasse toutes les dispositions de la Constitution relatives à l'organisation du gouvernement fédéral, mais non pas celles qui régissent le partage du pouvoir étatique entre lui et les provinces. Ce pouvoir se compare à plus d'un point de vue au pouvoir octroyé en 1867 à chaque législature provinciale de modifier la constitution de la province.

Voir également en ce sens, P. W. HOGG, Loc. Cit., note 121, à la page 638 :

The existence of provincial power to amend «the constitution of the province» suggests that the phrase «the constitution of Canada» was intended to identify a «federal» constitution which would exclude the constitutions of the provinces. It will be recalled that Prime Minister St. Laurent, in defending the adoption of

l'article 91 (1) était lui-même limité à la constitution des seuls organes fédéraux ou centraux, quel était le but des exceptions qui y étaient mentionnées?⁽¹²⁸⁾

Nous sommes d'opinion que l'existence de ces exceptions s'expliquait par un désir du fédéral de rassurer les provinces, inquiètes de son geste unilatéral,⁽¹²⁹⁾ en confirmant clairement que les matières visées par ces

127. (suite)

section 91(1) without prior provincial consent, emphasized the parallel between the existing section 92(1) and the new section 91(1). Commentators other than Professors F. R. Scott and Stephen A. Scott have tended to emphasize the same parallel.

Voir enfin R. I. CHEFFINS, Loc. Cit., note 31, aux pages 45 et 46 :

This amendment, which became section 91(1) of the Constitution Act, 1867, was designed to place the federal Parliament in the same position with respect to its own constitution as the provincial legislatures were with respect to their constitutions under section 92(1) of the same Act.

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

129. Comme il a été affirmé dans P. W. HOGG, Loc. Cit., note 121, à la page 634 et 635 :

This amendment was enacted at the request of the Canadian government, of course, but it created some controversy in Canada because the joint address of the Senate and Commons which made the request had not been preceded by the agreement of the provinces. Several provincial premiers were opposed to the amendment on the ground that the whole

exceptions ne devraient pas être comprises dans le pouvoir de modification que l'article 91 (1) conférait au fédéral à l'égard de sa régie interne. En d'autres termes, ces exceptions s'expliquaient par un désir d'enchâsser les

129. (suite)

question of amending the constitution should be left until agreement with the provinces had been achieved. Prime Minister St. Laurent responded by saying that the amendment would give to the federal Parliament no more than the provinces had always enjoyed under section 92(1) of the B.N.A. Act (which empowers each provincial Legislature to amend «the constitution of the province»), and that provincial concerns were unjustified because of the extensive exceptions expressly written into the new head of power.

Voir également à la page 638 :

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

Voir enfin A. BRADY, Constitutional Amendment and the Federation (1963) 29 Can. J. of E.P.S. 486, à la page 489 :

To a degree this Act seems to federalize the amending procedure in making explicit that the power of the national parliament does not embrace matters assigned exclusively to the provincial legislatures, other rights and privileges of the provinces, rights of certain classes of persons in respect to schools, and the use of the English and French languages.

On these questions the Act of 1949 may appear as a shield of provincial and minority rights. Yet the shield was promptly and irreverently treated as a target by provincial critics, especially in Quebec, not merely because of the unilateral manner whereby it was obtained, but because its broad terms seemed to menace the position of the provinces.

sujets qui y étaient mentionnés.⁽¹³⁰⁾

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

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

Dans ce qui est excepté du pouvoir de modification par le Parlement prévu au par. (1) de l'art. 91, il y a l'emploi de l'anglais et du français. Le Parlement se voit interdire de modifier la constitution du Canada en ce qui regarde l'emploi de l'une ou l'autre de ces langues, et par conséquent le par. (1) de l'art. 91 contient une allusion aux dispositions de la constitution qui en traitent, et donc à l'art. 133.⁽¹³¹⁾

Quelques années plus tard, dans l'arrêt Blaikie, le juge Deschênes a également affirmé, à titre d'*obiter dictum* toutefois, au sujet de l'exception

130. R. I. CHEFFINS, Loc. Cit., note 31, affirmait, à la page 46 :

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

131. Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick, précité, note 68, 196 et 197.

Voir également à la page 192 : «À coup sûr, ce que l'art. 133 lui-même donne ne peut être enlevé par le Parlement du Canada...»

concernant «l'emploi de l'anglais ou du français», que celle-ci «(...) réfère à l'article 133 qui est ainsi mis expressément à l'abri de toute intervention législative fédérale.»⁽¹³²⁾

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

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

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

132. Blaikie et autres c. Procureur général du Québec et Procureur général du Canada, précité, note 103, 50.

Encore une fois, nous sommes d'avis que l'expression «toute intervention législative» référerait tant aux tentatives de modification indirecte de l'article 133, qu'aux tentatives de modification directe.

133. Voir Id., 58 : «(...) les deux aspects sont à l'abri de toute intervention législative fédérale ou provinciale.»

(...) la Cour croit que les aspects fédéral et provincial de l'article 133 forment les deux côtés d'une seule et même médaille. Ces deux aspects ont été discutés ensemble, ils ont fait l'objet d'une concession contemporaine et d'une entente réciproque, ils ont été édictés ensemble et, si l'on peut emprunter au vocabulaire contractuel, chacun constitue la considération de l'autre. Ces deux aspects sont donc inséparables et ce serait trahir à la fois le texte de la loi et l'intention de ses auteurs que de prétendre imposer la permanence de l'un de ces aspects tout en permettant l'abolition de l'autre. La protection de l'usage de l'anglais à Québec fait partie intégrante de la disposition constitutionnelle qui assure la protection du français à Ottawa (...).⁽¹³⁴⁾

Or, à notre avis, il aurait été contraire à cette réciprocité que le fédéral ait, à l'égard des dispositions de l'article 133, un pouvoir que le Québec n'ait pas eu. C'est sûrement d'ailleurs ce qui a fait dire au juge Beetz dans l'arrêt MacDonald que «(...) si l'art. 133 ne garantit qu'un minimum, ce minimum est loin d'être inconsistant.»⁽¹³⁵⁾

Ainsi mis à l'abri des pouvoirs de modification par législation ordinaire conférés tant au Parlement canadien qu'à la législature québécoise, non seulement l'article 133 consacrait-il l'égalité des langues anglaise et française pour certaines fins déterminées mais en plus conférait-il à ces deux langues «un statut privilégié par rapport à toutes les autres langues»,⁽¹³⁶⁾ une protection spéciale.⁽¹³⁷⁾ En fait, cette intangibilité plaçait l'article

134. Ibid.

135. MacDonald c. Ville de Montréal, précité, note 68, 500.

136. Ibid.

137. Voir l'arrêt Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick, précité, note 68, 193 : «Textuellement, l'art. 133 prévoit une protection spéciale de l'usage de l'anglais et du français (...)».

133, et bien sûr les droits qu'il protégeait, «dans une catégorie à part». (138) Mais comment alors, si ce n'était en vertu des pouvoirs canadiens de modification, l'article 133 pouvait-il être modifié?

138. Voir l'arrêt P. G. du Québec c. Blaikie, précité, note 46, 363 (J. Dubé) :

Il me semble tellement évident que le Législateur ait voulu placer l'article 133 dans une catégorie à part, catégorie que ni le gouvernement provincial ni le gouvernement du Canada ne pouvait toucher qu'il ne me paraît pas utile de référer à l'histoire constitutionnelle du Canada pour le démontrer (...).

Section II

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

Avant 1982, aucune modification ne pouvait être apportée à l'article 133 par une loi canadienne ordinaire, avons-nous dit. En fait, ce n'était que par une modification constitutionnelle que cet article pouvait être modifié⁽¹³⁹⁾ et c'était Londres qui, en l'absence de pouvoirs canadiens applicables, pouvait apporter une telle modification.

Toutefois, bien qu'en théorie il était loisible au Parlement de la Grande-Bretagne de modifier la Constitution du Canada seul et sans le consentement du Canada, il n'en demeurerait pas moins que, comme l'a affirmé le juge Lamer dans l'affaire Blaikie, « (...) l'usage a voulu que la chose soit (...) impensable au plan politique. »⁽¹⁴⁰⁾ Il ne semblait en effet faire aucun doute, suivant les conventions constitutionnelles, que le Parlement du Royaume-Uni n'aurait pas modifié notre constitution sans que le Canada lui en fasse la demande.⁽¹⁴¹⁾

139. Voir, par exemple, l'arrêt Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick, précité, note 68, 195 : «La diminution par le Parlement de la protection donnée par l'art. 133 est une chose; cela requiert un amendement constitutionnel.»

140. P. G. du Québec c. Blaikie et autres, précité, note 46, 355.

141. Voir H. BRUN et G. TREMBLAY, Op. Cit., note 1, à la page 79.

Il appartenait donc au Canada de requérir Londres d'apporter une modification constitutionnelle à l'article 133.⁽¹⁴²⁾ Au strict point de vue légal, les deux chambres du Parlement du Canada pouvaient adresser cette requête unilatéralement, sans consultation ou accord des autorités provinciales.⁽¹⁴³⁾ Une telle action aurait probablement été inconstitutionnelle au sens conventionnel,⁽¹⁴⁴⁾ mais n'aurait toutefois pas

142. C'est d'ailleurs ce qui a fait dire à H. BRUN et G. TREMBLAY, Ibid. : «(...) même pour les domaines non rapatriés, c'était le Canada lui-même qui avait le contrôle de son évolution constitutionnelle.»

143. Dans le Renvoi : résolution pour modifier la Constitution, précité, note 38, une majorité de juges a reconnu que le Parlement du Canada pouvait légalement demander à Londres d'opérer des modifications constitutionnelles affectant directement les relations fédérales-provinciales, comme par exemple l'édiction des procédures de modification constitutionnelle elles-mêmes; et que le Parlement britannique avait l'entier pouvoir d'y donner suite.

144. Dans le Renvoi : résolution pour modifier la Constitution, précité, note 38, une majorité de juges a également été d'avis qu'il existait une convention constitutionnelle voulant que le Parlement du Canada ne demande pas à Londres des modifications de la Constitution affectant directement les relations fédérales-provinciales sans obtenir un degré appréciable (non défini toutefois) de consentement provincial. Or, nous nous posons la question suivante, purement académique toutefois : la modification de l'article 133 aurait-elle pu être considérée par la Cour comme ayant un effet direct sur les relations fédérales-provinciales? Nous croyons que oui, à la lumière de l'effet qu'aurait pu avoir une modification de l'article 133 sur les pouvoirs législatifs du fédéral et du Québec (voir les commentaires de ces juges majoritaires aux pages 886 et 887 du Renvoi) et à la lumière du rôle que jouait l'article 133 dans le principe fédéral canadien, ce principe-là même qui, selon la Cour, était la raison d'être de la convention constitutionnelle dont elle avait reconnu l'existence (voir aux pages 905 à 909 du Renvoi).

Quoi qu'il en soit, il ne fait pas de doute, à notre avis, que le Parlement fédéral se sentait lié (ou du moins s'est longtemps senti lié) par une convention voulant qu'il ne demande pas unilatéralement à Londres une modification de l'article 133. Il semble, en effet, comme l'a d'ailleurs rappelé G.-A. BEAUDOIN, Op. Cit., note 44, à la page 454, que le fédéral se reconnaissait le pouvoir de demander unilatéralement à Londres «(...) d'amender la Constitution dans les domaines fédéraux (...)», mais ne se reconnaissait pas les mêmes pouvoirs unilatéraux à

été sanctionnée par les tribunaux.⁽¹⁴⁵⁾ Quoi qu'il en soit, le problème de la violation d'une telle convention ne s'est jamais posé puisque le fédéral n'a jamais requis Londres d'apporter des modifications à l'article 133, de quelque façon que ce soit.

144. (suite)

l'égard des autres sujets. Nous partageons également l'opinion émise par certains auteurs à l'effet que les exceptions qui étaient expressément mentionnées à l'article 91 (1) de la Loi constitutionnelle de 1867 constituaient un «aveu implicite» de la part du fédéral de l'existence d'une convention voulant qu'il ne procède pas unilatéralement pour demander à Londres d'apporter des modifications aux matières qui y étaient énoncées. Voir, à cet effet, A. BRADY, Loc. Cit., note 129, à la page 488 et 489 :

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

Voir également P. GÉRIN-LAJOIE, Loc. Cit., note 127, à la page 1154. Parlant précisément de l'exception contenue dans l'article 91 (1) relativement à l'emploi de l'anglais ou du français, il y affirme : «D'ailleurs, les restrictions que comporte l'amendement St-Laurent dans ce domaine constituent un aveu implicite d'incompétence de la part du législateur fédéral.»

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

Mais s'il était impossible pour les autorités canadiennes de modifier elles-mêmes l'article 133, il leur était toutefois possible d'ajouter au régime de bilinguisme instauré par cet article, des droits ou des obligations en matière linguistique.⁽¹⁴⁶⁾ Ainsi, dans l'affaire Jones, il avait été allégué que l'article 133 épuisait la compétence constitutionnelle en ce qui concernait l'emploi de l'anglais ou du français et qu'une modification constitutionnelle était nécessaire pour appuyer toute législation qui, comme la Loi sur les langues officielles, une loi fédérale, allait au-delà de cette disposition.⁽¹⁴⁷⁾

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

147. Voir l'arrêt Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick, précité, note 68, 192. Il avait aussi été allégué que l'exception relative à «l'emploi de l'anglais ou du français» dans l'article 91 (1) empêchait le fédéral de légiférer de quelque façon à l'égard des langues, mais la Cour, à la page 196, a statué que cette exception ne visait que l'article 133 : «Cette prétention a pour effet de transformer l'exception apportée à l'octroi d'un nouveau pouvoir sous le régime du par. (1) de l'art. 91, en une limitation de fond de caractère général n'ayant aucun rapport avec ce pouvoir (...).»

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

La Cour suprême du Canada a alors décidé, sous la plume du juge Laskin, que s'il était vrai que l'article 133 constituait un minimum, en ce sens qu'il était impossible pour le Parlement canadien, ou la législature du Québec, de modifier les droits constitutionnels qu'il conférait, il n'en demeurerait pas moins que ses dispositions n'étaient pas un maximum⁽¹⁴⁸⁾ et que rien n'empêchait l'une quelconque des deux assemblées législatives concernées de créer des droits additionnels ou des obligations supplémentaires, dans la mesure toutefois où elle respectait sa juridiction.⁽¹⁴⁹⁾ La Loi sur les langues officielles, parce qu'elle avait justement pour effet d'ajouter de

148. Voir Id., 193 :

Rien ne permet d'interpréter cette disposition, dont la portée est limitée ainsi aux chambres du Parlement du Canada et de la législature du Québec et à leurs lois ainsi qu'aux tribunaux fédéraux et aux tribunaux du Québec, comme fixant en définitive pour le Canada, le Québec et toutes les autres provinces, de façon finale et législativement inaltérable, les limites de l'usage privilégié ou obligatoire du français et de l'anglais dans les procédures, institutions et communications publiques.

On notera d'ailleurs avec intérêt que le juge Laskin s'était notamment référé à l'historique législatif de l'article 133 pour étayer sa conclusion que cet article n'avait qu'une portée minimale : Voir particulièrement aux pages 194 et 195; voir également les propos tenus par le juge Bélanger dans l'arrêt P. G. du Québec c. Blaikie et autres, précité, note 46, à la page 359.

Le juge Laskin s'était également référé au libellé même de l'article 133 ainsi que sur l'esprit du partage des pouvoirs établi par la Loi constitutionnelle de 1867, pour étayer sa conclusion : voir à la page 192.

149. Voir l'arrêt Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick, précité, note 68, aux pages 192 et 193 :

(...) mais si ses dispositions sont respectées il n'y a rien dans cet article-là ou ailleurs dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique (réservant pour plus tard l'étude du par. (1) de l'art. 91) qui empêche l'octroi de droits ou privilèges additionnels ou l'imposition

nouveaux droits linguistiques à ceux déjà accordés par l'article 133 et parce qu'elle respectait la juridiction législative du fédéral, a donc été déclarée constitutionnelle par la Cour. (150)

149. (suite)

d'obligations additionnelles relativement à l'usage de l'anglais et du français, si cela est fait relativement à des matières qui relèvent de la compétence de la législature légiférant en ce sens.

Voir aussi, à la page 195 :

Le par. (1) de l'art. 91 mis à part, il n'y a aucune limitation expresse du pouvoir législatif du gouvernement fédéral d'étendre le champ de l'emploi privilégié ou obligatoire de l'anglais et du français dans les institutions ou les activités qui relèvent du contrôle législatif fédéral. Il ne s'y trouve non plus aucune limitation nécessairement implicite puisqu'il n'y a rien d'inconciliable ou d'incompatible avec l'art. 133, dans son rapport avec le Parlement du Canada et les tribunaux fédéraux, à améliorer la situation des deux langues au-delà de leur emploi privilégié ou obligatoire prévu à l'art. 133.

Voir également l'arrêt MacDonald c. Ville de Montréal, précité, note 68, 496, où le juge Beetz, parlant du système de bilinguisme établi par l'article 133, a affirmé : «C'est un système qui, du fait qu'il constitue un minimum constitutionnel, et non un maximum, peut être complété par des lois fédérales et provinciales, comme on l'a conclu dans l'arrêt Jones.»

150. Voir, par exemple, P. W. HOGG, Loc. Cit., note 121, aux pages 636 et 637 :

In that case it was argued that the federal Official Languages Act was unconstitutional on the basis of the fourth exception to section 91(1). The fourth exception to section 91(1) precludes the amendment of the constitution of Canada «as regards the use of the English or the French language». Laskin C.J., writing for a unanimous nine-judge court, held that this exception, while it precluded the taking away of the language rights guaranteed by section 133 of the B.N.A. Act, did not preclude the grant of new language rights. Since the Official Languages Act only granted new language rights it was not affected by the exception.

Ainsi était-il loisible au Parlement fédéral et à la législature québécoise d'augmenter, par loi ordinaire,⁽¹⁵¹⁾ le nombre d'activités judiciaires et législatives sujettes au bilinguisme, voire d'y assujettir n'importe quel autre type d'activités.⁽¹⁵²⁾ D'ailleurs, comme a tenu à le rappeler la Cour suprême quelques années après l'arrêt Jones, à l'occasion de l'affaire MacDonald, seul le processus politique, par opposition au processus judiciaire, pouvait ainsi étendre les limites de l'article 133.⁽¹⁵³⁾

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

151. Cette addition pouvait évidemment se faire par le biais d'une simple loi. C'est d'ailleurs dans ce sens que la Cour suprême a affirmé dans l'affaire Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick, précité, note 68, à la page 195 : «La diminution par le Parlement de la protection donnée par l'art. 133 est une chose; cela requiert un amendement constitutionnel. C'est toute autre chose que d'étendre cette protection au-delà de ses limites actuelles.»

152. Réjean PATRY avait affirmé, dans La législation linguistique fédérale, Documentation du conseil de la langue française, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1981, à la page 40, que «l'article 133 (...) n'a jamais eu pour but d'imposer un cadre constitutionnel à la langue. Il vise essentiellement à édicter des garanties dans deux domaines précis.»

Permettons-nous de préciser cette affirmation en mentionnant que, même dans ces deux domaines précis, l'article 133 n'a jamais eu pour but d'imposer un cadre constitutionnel à l'usage de l'anglais ou du français.

153. MacDonald c. Ville de Montréal, précité, note 68, à la page 496 : «(...) il n'appartient pas aux tribunaux, sous le couvert de l'interprétation, d'améliorer ce compromis constitutionnel historique, d'y ajouter ou de le modifier.»

Chapitre II

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

Les pouvoirs de modification conférés au Parlement canadien et aux législatures provinciales par les articles 91 (1) et 92 (1) de la Loi constitutionnelle de 1867, respectivement, ont été abrogés par l'article 53 (1) de la Loi constitutionnelle de 1982, ce dernier article référant en effet aux modifications apportées par la colonne II de l'annexe de cette dernière loi, dont notamment les modifications à l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867, et à l'Acte de l'Amérique du Nord britannique (N^o 2) de 1949. Cette abrogation tient au fait que ces pouvoirs ont été intégrés dans la Loi constitutionnelle de 1982,⁽¹⁵⁴⁾ particulièrement aux articles 44 et 45.

154. Il était d'ailleurs difficile d'établir un nouveau régime de modification constitutionnelle sans chercher à y intégrer les articles 91 (1) et 92 (1). Rappelons simplement, à titre d'exemple, que lors de la conférence de 1950, plusieurs provinces avaient protesté contre l'article 91 (1) qui venait d'être promulgué. Elles estimaient que cet article allait trop loin et permettait au Parlement fédéral d'apporter unilatéralement des modifications constitutionnelles d'un grand intérêt pour les provinces. Le premier ministre St-Laurent avait alors affirmé, après avoir rappelé aux provinces que l'article 91 (1) n'avait pas pour but d'affecter leurs pouvoirs et prérogatives, que le gouvernement serait disposé, si l'on arrivait à s'entendre sur une formule générale de modification, à y intégrer l'article 91 (1), après y avoir apporté les corrections capables de dissiper les inquiétudes et les appréhensions des provinces : Voir G. FAVREAU, Op. Cit., note 22, à la page 26. Voir aussi G.-A. BEAUDOIN, Op. Cit., note 44, à la page 454.

De même, lors de la Conférence des procureurs généraux tenue en octobre 1964, l'un des principaux problèmes avait été d'intégrer le pouvoir conféré au Parlement canadien par l'article 91 (1) à la procédure générale de modification qui était proposée. Il ne semblait faire de doute, dans l'esprit de personne, que les dispositions de l'article 91 (1), avec les mises au point appropriées, devaient faire partie d'une

En ce qui concerne les modifications à apporter aux dispositions de la Constitution du Canada relatives à l'usage de l'anglais ou du français, nous sommes d'avis que l'exhaustivité des articles 41 c) et 43 b) dont nous avons déjà parlé, rend impossible toute application des articles 44 et 45 de la Loi constitutionnelle de 1982, niant ainsi toute possibilité que de telles modifications puissent être apportées unilatéralement par le Parlement canadien ou par une législature provinciale.⁽¹⁵⁵⁾ À cet égard, la Loi constitutionnelle de 1982 ne fait donc que maintenir la situation qui prévalait avant son édicition.

Nous avons déjà vu effectivement que, avant 1982, les dispositions de l'aspect «québécois» de l'article 133 n'était pas couvertes par le pouvoir de modification conféré aux provinces par l'article 92 (1) de la Loi constitutionnelle de 1867. Il n'est donc pas étonnant que, lorsque ce dernier article a été intégré dans le régime de modification instauré par la Loi constitutionnelle de 1982, le constituant ait pris tous les soins pour que la modification des dispositions de l'article 133 continuent d'échapper aux pouvoirs unilatéraux de modification conférés par l'article 45 aux législatures provinciales, à l'égard de la «constitution de la province».⁽¹⁵⁶⁾

154. (suite)

procédure de modification générale et complète, et que les dispositions correspondantes de l'article 92 (1), relatives au pouvoir de modification exclusif des provinces, devaient également être comprises dans une telle procédure : Voir G. FAVREAU, Op. Cit., note 22, aux pages 30 et 31.

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

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

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

Empressons-nous toutefois de mentionner que, malgré l'abrogation des articles 91 (1) et 92 (1), la jurisprudence qui a porté sur ces articles demeure pertinente à maints égards, notamment à l'égard des principes qu'elle a pu élaborer quant à la nature de l'article 133 et quant au lien qui existe entre cette nature et les modalités de la modification de cet article.⁽¹⁵⁷⁾ Il y a donc lieu de se demander en quoi la nature de l'article 133 est en mesure d'influencer, à son égard, le choix de la procédure de modification de l'article 41 c) ou de celle de l'article 43 b).

Les articles 41 et 43 de la Loi constitutionnelle de 1982 se lisent comme suit :

41. Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisé par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province:

41. An amendment to the Constitution of Canada in relation to the following matters may be made by proclamation issued by the Governor General under the great Seal of Canada only where authorized by resolutions of the Senate and House of Commons and of the legislative assembly of each province:

157. Il a été affirmé, par exemple, dans G.-A. BEAUDOIN, Op. Cit., note 44, à la page 441 : «La jurisprudence sur la portée de l'article 91.1 et l'article 92.1 demeure pertinente, et ce, dans la mesure où les tribunaux apprécieront.»

a) la charge de Reine, celle de gouverneur général et celle de lieutenant-gouverneur;

b) le droit d'une province d'avoir à la Chambre des communes un nombre de députés au moins égal à celui des sénateurs par lesquels elle est habilitée à être représentée lors de l'entrée en vigueur de la présente partie;

c) sous réserve de l'article 43, l'usage du français ou de l'anglais;

d) la composition de la Cour suprême du Canada;

e) la modification de la présente partie.

43. Les dispositions de la Constitution du Canada applicables à certaines provinces seulement ne peuvent être modifiées que par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province concernée. Le présent article s'applique notamment:

a) aux changements du tracé des frontières interprovinciales;

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

(a) the office of Queen, the Governor General and the Lieutenant Governor of a province;

(b) the right of a province to a number of members in the House of Commons not less than the number of Senators by which the province is entitled to be represented at the time this Part comes into force;

(c) subject to section 43, the use of the English or the French language;

(d) the composition of the Supreme Court of Canada; and

(e) an amendment to this Part.

43. An amendment to the Constitution of Canada in relation to any provision that applies to one or more, but not all, provinces, including

(a) any alteration to boundaries between provinces, and

(b) any amendment to any provision that relates to the use of the English or the French language within a province,

may be made by proclamation issued by the Governor General under the Great Seal of Canada only where so authorized by resolutions of the Senate and House of Commons and of the legislative assembly of each province to which the amendment applies.

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

Il appert en effet que la «partie fédérale» de l'article 133 a toujours été considérée comme étant «(...) une disposition de la plus haute importance pour ceux qui appartiennent à la minorité linguistique au Québec et ailleurs au Canada. Il a un effet non seulement sur les droits des personnes qui ont affaire au pouvoir judiciaire de l'État, mais aussi sur le statut global des deux langues officielles du Canada.»⁽¹⁵⁸⁾

Il faut se rappeler effectivement que, dans le domaine judiciaire d'abord, c'est en 1867 que, par l'article 101 de la Loi constitutionnelle de 1867, ont été conférés au Parlement canadien le pouvoir de constituer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada,⁽¹⁵⁹⁾ ainsi que le pouvoir d'établir d'autres tribunaux pour assurer la meilleure exécution des lois du pays.⁽¹⁶⁰⁾ La création de nouveaux tribunaux fédéraux a donc posé la question de savoir quelle langue pourrait y être utilisée.

158. Voir l'opinion du juge Wilson dans l'arrêt MacDonald c. Ville de Montréal, précité, note 68, 510.

159. La Cour suprême du Canada a été établie en vertu de cette disposition.

160. La Cour de l'Échiquier du Canada (devenue la Cour fédérale du Canada depuis 1970), et plusieurs autres tribunaux comme ceux du Yukon et des Territoires du Nord-Ouest, ont été établis sur la base de cette disposition.

La solution qui a été retenue a été celle de reproduire, au palier fédéral, le même bilinguisme facultatif que celui que l'on avait décidé d'appliquer au Québec. Cette solution n'a toutefois pas été retenue sans débats. Il appert effectivement qu'en premier lieu, les politiciens anglophones ont proposé de limiter la portée du bilinguisme judiciaire aux seuls tribunaux fédéraux siégeant au Québec. Cette proposition s'est même retrouvée dans une résolution présentée en 1864 lors de la «Conférence de Québec».⁽¹⁶¹⁾ Elle a alors été rejetée, puis a été reformulée en termes ressemblant davantage au texte actuel de l'article 133.⁽¹⁶²⁾ Une révision de cette disposition a toutefois soulevé d'autres débats au cours desquels certains sont revenus à la suggestion initiale de limiter le bilinguisme facultatif aux tribunaux fédéraux siégeant au Québec.⁽¹⁶³⁾ Cette suggestion a finalement été rejetée, et il a été accepté que l'anglais et le français aient un statut égal devant tout tribunal fédéral, où qu'il siége.

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

162. Voir H. MARX, Loc. Cit., note 161, à la page 249 :

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

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

163. Id., à la page 250.

Mais dans le domaine législatif également, la création du Sénat et de la Chambre des communes au Canada, par l'article 17 de la Loi constitutionnelle de 1867, a soulevé des problèmes nouveaux reliés à la langue pouvant ou devant y être utilisée. Encore une fois, un débat acharné a été tenu entre politiciens francophones et anglophones au sujet de l'emploi du français et de l'anglais dans la rédaction et la publication des journaux des chambres législatives fédérales et des lois édictées par celles-ci.⁽¹⁶⁴⁾ Les représentants du Québec ont fortement critiqué la formulation, à caractère trop facultatif, de la disposition. Ils ont plutôt réclamé des protections obligatoires. Ces revendications n'ont pas été vaines car l'article 133 a finalement été rédigé en termes obligatoires en ce qui concerne la publication des lois.

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

(...) as it stands just now the majority governs; but in order to cure this, it was agreed at the Conference to embody the provision in the Imperial Act. This was proposed by the Canadian Government, for fear an accident might arise subsequently, and it was assented to by the

164. Voir C.-A. SHEPPARD, Op. Cit., note 100, aux pages 64 et 67, pour une description de ces débats.

deputation from each province that the use of the French language should form one of the principles on upon which the Confederation should be established, and that its use, as at present, should be guaranteed by the Imperial Act. (165)

/le soulignement est de nous/.

De ce fait -- et du fait du principe de l'exhaustivité des articles 41 c) et 43 b), dont nous avons déjà parlé -- nous croyons que la «partie fédérale» de l'article 133 ne doit être modifiée que selon la procédure de l'unanimité prévue à l'article 41 c) de la Loi constitutionnelle de 1982. (166) Mais qu'en est-il de la «partie québécoise» de ce même article?

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

165. Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces, 3rd Session, 8th Provincial Parliament of Canada, précité, note 116, à la page 944.

166. Il a été affirmé dans H. BRUN et G. TREMBLAY, Op. Cit., note 1, à la page 368, que l'article 41 c) avait notamment pour objet les modifications constitutionnelles portant sur le «bilinguisme institutionnel au niveau fédéral» et, à cet égard, n'incluait «pas autre chose que les articles 16 à 20 de la Charte canadienne».

Il n'y a aucun doute quant à nous que ces auteurs ont carrément oublié de traiter de «l'aspect fédéral» de l'article 133, cette dernière disposition entrant visiblement sous le couvert de l'article 41 c), non seulement parce qu'elle intéresse le bilinguisme au niveau fédéral mais également parce qu'elle intéresse le bilinguisme dans tout le Canada.

fait, comme l'ont pourtant fait quelques auteurs,⁽¹⁶⁷⁾ qu'elle est modifiable en vertu de l'article 43 b) de la Loi constitutionnelle de 1982. Nous croyons effectivement que pareil raisonnement est quelque peu hâtif et fait fi de deux considérations majeures : l'esprit de l'article 133 et son indivisibilité.

Il nous semble en effet que, bien qu'il ne soit techniquement applicable qu'à la province de Québec, «l'aspect provincial» de l'article 133 intéresse au contraire, dans son esprit même, l'ensemble du fédéralisme

167. Voir, par exemple, A. PRUJINER, Le bilinguisme judiciaire au Québec, (1983) 24 C. de D. 41, à la page 50 : «La Loi constitutionnelle de 1982 établit maintenant qu'une modification de cet article requiert l'accord du Parlement fédéral et de l'Assemblée nationale.»

Voir aussi Bryan SCHWARTZ, Fathoming Meech Lake, Winnipeg, Legal Research Institute of the University of Manitoba, 1987, à la page 125 :

The rights of the National Assembly of Quebec on matters of language and culture are protected very strongly by the 1982 amending formulae. Under s. 41(c) any change to the constitutional status of French at the federal level could take place only with the consent of every province, including Quebec. Section 43(b) makes the National Assembly an equal partner with Parliament in approving any changes to the Constitution that relate to the use of the English or French language in Quebec.

Voir également A. BRAEN, Loc. Cit., note 78, à la page 504.

Notons enfin que dans H. BRUN et G. TREMBLAY, Op. Cit., note 1, il a été affirmé, à la page 366, que l'article 43 b) vise notamment «(...) l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 pour le Québec (...)». Leur conclusion a toutefois le mérite de ne pas avoir découlé d'une interprétation stricte de l'article 43 b). Elle semble au contraire avoir découlé d'une lecture de l'article 43 b) à la lumière de la compétence conférée aux provinces par l'article 45 de la Loi constitutionnelle de 1982 : voir aux pages 366 et 367. On retrouve d'ailleurs le même raisonnement développé par P. W. HOGG, Op. Cit., note 77, aux pages 95, 96 et 97. Nous entendons toutefois y revenir un peu plus loin.

canadien. C'est ainsi, du moins, que l'a compris le juge Beetz, qui a dit de l'article 133, dans l'arrêt MacDonald, qu'il était le résultat «d'un compromis historique intervenu entre les fondateurs quand ils se sont entendus sur les modalités de l'union fédérale.»⁽¹⁶⁸⁾

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

À mon sens, en accordant aux provinces le pouvoir d'amender leur Constitution, le Législateur n'a pas eu l'intention de leur accorder le droit de changer les garanties prévues à l'article 133 (...). Il est bien sûr que le Législateur n'a pas voulu que les parties à l'état fédératif puissent en modifier unilatéralement les conditions.⁽¹⁶⁹⁾

/Le soulignement est de nous/.

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

The B.N.A. Act was an attempt to resolve the problems unavoidably caused by the separate existence and divided population of the Colonies. A basic requirement of this solution was that minority rights be respected -- hence sec. 133. It follows that the right to amend conferred on provincial legislatures by sec. 92(1) cannot be extended to cover a provision such as sec. 133. «Constitution of the Province» must be limited to the manner in which provincial legislative authority is exercised: it cannot be read to permit the modification of that authority or the amendment or nullification of a provision that was designed to serve the best interest of all. For these reasons the argument that sec. 133 is severable and that the provincial part of that section forms part of the «Constitution of the Province» is without substance.

168. MacDonald c. Ville de Montréal, précité, note 68, 496.

169. P. G. du Québec c. Blaikie, précité, note 46, 360.

Nor am I impressed by the argument that the totality of legislative authority was divided between the central and local governments and that the latter, there being no exclusion in sec. 92(1) comparable to that of sec. 91(1), are empowered to amend sec. 133. Apart from the fact that the basic premise is unfounded, the unalterability of sec. 133 results from the intention of Parliament to unite the Provinces.⁽¹⁷⁰⁾

/le soulignement est de nous/

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

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

(...) un rapide coup d'oeil sur l'histoire du Canada nous force à réaliser que en fait, l'anglais et le français ont toujours été sur un pied d'égalité dans le Bas-Canada depuis la conquête sauf durant une brève période soit de 1840 à 1848 alors que l'Acte d'Union, 1840 donna une valeur prioritaire à l'anglais (...).⁽¹⁷¹⁾

170. Id., à la page 353.

171. Id., à la page 363.

Voir, en ce sens, J.-Charles BONENFANT, La compétence constitutionnelle et juridique pour instituer une langue ou des langues officielles au Québec. Opinion, dans La situation de la langue française au Québec, Rapport de la Commission d'enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques au Québec, Livre II, Québec, Éditeur officiel, 1972, p. 258, à la page 269 :

On peut donc affirmer qu'à la veille de la naissance de la Confédération le français et l'anglais sans être des

En effet, l'Acte d'Union de 1840⁽¹⁷²⁾ avait réuni le Haut-Canada et le Bas-Canada et avait doté les deux provinces d'une même assemblée de représentants.

L'article 41 de cette loi disposait de ce qui suit :

Et qu'il soit statué que depuis et après la Réunion des dites deux Provinces, tous Brefs, Proclamations, Instrumens pour mander et convoquer le Conseil Législatif et l'Assemblée Législative de la Province du Canada, et pour les proroger et les dissoudre, et tous les Brefs pour les élections et tous Brefs et Instrumens publics quelconques ayant rapport au Conseil Législatif et à l'Assemblée Législative ou à aucun de ces corps, et tous Rapports à tels Brefs et Instrumens, et tous journaux, entrées et procédés écrits ou imprimés, de toute nature, du Conseil Législatif et de l'Assemblée Législative, et d'aucun de ces corps respectivement, et tous procédés écrits ou imprimés et Rapports de Comités du dit Conseil Législatif et de la dite Assemblée législative, respectivement, ne seront que dans la langue Anglaise:

And be it enacted, That from and after the said Re-union of the said Two Provinces all Writs, Proclamations, Instruments for summoning and calling together the Legislative Council and Legislative Assembly of the Province of Canada, and for proroguing and dissolving the same, and all Writs of Summons and Election, and all Writs and public Instruments whatsoever relating to the said Legislative Council and Legislative Assembly, or either of them, and all Returns to such Writs and Instruments, and all Journals, Entries and written or printed Proceedings, of what nature soever, of the said Legislative Assembly, and of each of them respectively, and all written or printed Proceedings and Reports of Committees of the said Legislative Council and Legislative Assembly respectively, shall be in the English Language only: Provided always, that this Enactment shall not be construed to prevent translated Copies of any such Documents being made, but no such

171. (suite)

langues proclamées comme officielles étaient pratiquement sur le même pied non seulement dans les faits mais aussi par ce que j'appellerais l'intervention négative du législateur. Il faut en effet regarder l'abrogation de l'article 41 de l'Acte d'Union non seulement comme un geste symbolique mais comme l'annulation de la seule intervention législative véritable dans le domaine de la langue.

172. 1840 (R.U.) 3 et 4 Vict., Chap. 35; S.R.C. 1970, app. II, N^o 4.

Pourvu toujours, que la présente disposition ne s'entendra pas empêcher que des copies traduites d'aucuns tels documents ne soient faites, mais aucune telle copie ne sera gardée parmi les Records du Conseil Législatif, ou de l'Assemblée Législative, ni ne sera censée avoir en aucun cas l'authenticité d'un Record Original.⁽¹⁷³⁾

Copy shall be kept among the Records of the Legislative Assembly, or be deemed in any Case to have the Force of an original Record.

En fait l'article 41 n'interdisait pas l'emploi du français comme langue des débats à la législature. Le français continuait d'y être entendu,⁽¹⁷⁴⁾ mais n'y avait cependant aucun statut officiel. Les registres du Parlement et les lois n'étaient par conséquent rédigés qu'en anglais, sous réserve toutefois de la possibilité qu'il en soit fait une traduction non officielle.⁽¹⁷⁵⁾ À cet égard d'ailleurs, une loi de la nouvelle législature

173. Voir S.R.C. 1970, app. II, N° 4.

174. C'est sûrement ce qui a amené le juge Wilson, dans l'arrêt MacDonald c. Ville de Montréal, précité, note 68, 530, à affirmer que : «Malgré la désignation de l'anglais comme langue officielle en vertu de l'Acte de 1840, il y a une reconnaissance explicite dans cette loi de l'usage de fait des langues française et anglaise (...)».

C'est aussi probablement ce qui a fait dire à J.-C. BONENFANT, Op. Cit., note 171, à la page 269 : «En réalité l'article 133 ne fera que reconnaître formellement une dualité qui sous l'Union s'était réalisée dans les faits et avait laissé subsister le français comme il existait pendant la période française de notre histoire.»

175. Comme l'a affirmé J. DESCHÊNES, dans L'évolution historique du statut juridique des langues au Canada, (1983) 24 C. de D. 23, à la page 34 : «(...) on tolérera les traductions, mais sans qu'on doive en conserver copie dans les archives de la législature.»

était venue, en 1841, pourvoir à ce que les lois du Canada soient traduites de l'anglais au français, et diffusées au Bas-Canada. ⁽¹⁷⁶⁾

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

Que le français est la langue maternelle d'une classe très nombreuse des sujets de Votre Majesté, en cette province; que de fait, la grande masse de ceux qui composent cette classe ne parlent pas d'autre langue; que c'est dans cette langue que la plus grande partie de leurs lois et leurs livres de jurisprudence sont écrits, et que se traitent les affaires journalières qu'ils transigent entre eux; que c'est la seule langue dans laquelle ils puissent invoquer les bénédictions du ciel sur eux et sur tout ce qui leur est cher; qu'une langue aussi indispensable à une aussi forte portion du peuple fidèle de Votre Majesté, ne peut, dans notre opinion, être regardée comme une langue étrangère par leur Souverain, lorsqu'ils s'en servent.

Que les prédécesseurs royaux de Votre Majesté placèrent sur le même pied les langues des deux grandes classes des sujets de Votre Majesté en cette province, les traitant tous à cet égard avec une égale justice et leur donnant le même avantage.

Que ce principe fut constamment maintenu ⁽¹⁷⁷⁾ jusqu'à la passation de l'Acte qui unit ces provinces...

-
176. Acte pour pourvoir à ce que les Lois de cette Province soient traduites dans la Langue Française, et pour d'autres objets y relatifs, Statuts du Canada, 4-5 Vict., 1841, chap. XI /18 septembre 1841/.

On peut retrouver le texte des dispositions pertinentes de cette loi dans l'opinion du juge Wilson, aux pages 530 et 531 de l'arrêt MacDonald c. Ville de Montréal, précité, note 68.

177. M. NANTEL, La langue française au Palais, (1945) 5 R. du B., 201, à la page 214.

En 1848, le Parlement anglais a finalement réagi à la demande canadienne et a abrogé l'article 41 de l'Acte d'Union, rétablissant ainsi le caractère officiel de la langue française dans le domaine législatif.⁽¹⁷⁸⁾ Claude-Armand Sheppard a d'ailleurs fait remarquer qu'il a résulté de cette abrogation la première reconnaissance officielle du bilinguisme par le souverain.⁽¹⁷⁹⁾

Bien qu'il semble, comme l'affirma le juge Laskin, que «(...) nous pouvons prendre connaissance d'office de ce qu'après cette abrogation, les statuts de la Province du Canada furent édictés en anglais et en français (...)»,⁽¹⁸⁰⁾ on comprend néanmoins que les Québécois aient cherché à obtenir des garanties qu'une atteinte comme celle qui avait été portée à leurs droits par l'article 41 de l'Acte d'Union ne se répète pas. N'oublions pas en effet que, malgré la défaite de la politique d'assimilation préconisée par Lord Durham -- défaite justement consacrée par l'abrogation de l'article 41 de l'Acte d'Union -- les Canadiens-français étaient sensibilisés à la fragilité des assises juridiques de l'usage de la langue française, fragilité mise en relief par l'article 41 en question. Il n'est donc pas étonnant que ceux-ci

178. The Union Act Amendment Act (U.K.) 1848, 11 & 12 Vict. c. 56.

179. Voir C.-A. SHEPPARD, Op. Cit., note 100, à la page 59.

180. Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick, précité, note 68, 194.

Voir également J. DESCHÊNES, Op. Cit., note 175, à la page 34 : «Le 18 janvier 1849 le gouverneur général lord Elgin lit le discours du trône dans les deux langues et, à compter de ce moment, toutes les lois seront adoptées dans les deux langues.»

aient réclamé que des protections soient enchâssées dans la constitution canadienne.⁽¹⁸¹⁾ Ainsi, lorsqu'a été tenue la Conférence de Québec en 1864, laquelle a d'ailleurs été un prélude à la fédération de 1867, la résolution 46 avait été rédigée comme suit :

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

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

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

Voir Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces, précité, note 116, à la page 944; cité dans J. E. MAGNET, Loc. Cit., note 8, à la page 245.

C'est cette résolution, devenue la résolution 45 en 1866, qui a été reprise dans le libellé de l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867, de nouvelles dispositions y ayant toutefois été ajoutées en termes obligatoires quant à la rédaction des registres, procès-verbaux et journaux des chambres législatives. (182)

Nous pouvons donc affirmer que l'article 133 s'est trouvé à enchâsser dans la Constitution le bilinguisme qui existait déjà au Québec, au plan législatif, depuis au moins dix-huit années avant son édicition, (183) répondant ainsi aux besoins qu'avaient les Québécois de voir ces droits maintenus et efficacement protégés.

-
182. Voir l'arrêt Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick, précité, note 68, 194 et 195 : «Quand elle devint l'art. 133, un aspect obligatoire était venu s'ajouter à sa disposition touchant l'usage de l'anglais ou du français.»

Voir également J.-E. MAGNET, Loc. Cit., note 8, qui explique les circonstances ayant amené ces additions. Il y affirme notamment, à la page 245 :

The amendments were designed to entrench the full range of pre-Confederation bilingualism, including the parliamentary law and practice relating to the legislative materials in pre-Confederation legislative structures.

183. C.-A. SHEPPARD, Op. Cit., note 100, à la page 59.

Voir également J.-E. MAGNET, Op. Cit., note 8, qui a affirmé, à la page 244 :

To this picture should be added what surfaces from review of parliamentary law relating to the Houses of Assembly of Lower Canada; that for its forty-nine-year life, the House of Assembly equally laboured under legal requirements for bilingualism in its Journals and Appendices, where all transactions or deliberations of the House were published with English and French texts facing.

Mais s'il est vrai que l'article 133 s'est surtout attardé à constitutionnaliser la situation linguistique qui existait déjà au Québec au plan législatif,⁽¹⁸⁴⁾ il semble possible d'affirmer que, dans le domaine judiciaire également, «/l/e statut de l'anglais et du français devant les tribunaux du Québec au sens de l'art. 133 de l'A.A.N.B. révèle une pratique continue qui remonte presque au début du régime britannique.»⁽¹⁸⁵⁾ L'histoire

184. Comme l'a affirmé J.-E. MAGNET, Id., à la page 228 :

A little noticed feature of the Confederation bargain between French and English speaking communities is that in the immediate pre-Confederation period 1840-1866, under the constitutional regime of The Union Act, 1840, all of the difficult questions of linguistic security had been worked out in the law and practice pertaining to the governmental structures operating under the 1840 constitution. Thus, in 1867, the Fathers of Confederation had little work to do on the language question. It occupied little of their time and provoked modest comments in the Confederation Debates in the then Provincial Parliament of Canada. As the language question had more or less been solved, the Fathers of Confederation searched for, and agreed upon, a means to protect the *status quo*, albeit with certain unobstrusive modifications. The major constitutional component of the present system of official bilingualism was born in the *status quo ante* 1867 and still retains its original inspiration.

185. Procureur général du Québec c. Blaikie et autres, précité, note 71, 330.

Voir aussi, en ce sens, l'opinion du juge Wilson dans l'arrêt MacDonald c. Ville de Montréal, précité, note 68, 525 :

Un relevé des premières lois confirme le point de vue exprimé par Herbert Marx dans «Language Rights in the Canadian Constitution» (1967), 2 R.J.T. 239, à la p. 241, selon lequel la préoccupation relative aux droits des langues anglaise et française à l'égard du système judiciaire n'a pas commencé avec leur enchâssement dans l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867.

Voir également, dans l'arrêt MacDonald, à la page 537 :

Il est probable que la préoccupation du législateur à l'égard de la langue, qui ressort de l'historique législatif ci-dessus, constitue la «pratique continue qui remonte presque au début du régime britannique» dont parle cette Cour dans l'arrêt Blaikie n° 2 (...)

de l'instauration du bilinguisme dans le domaine judiciaire au Québec démontre effectivement qu'au tout début de la conquête, le régime militaire anglais avait maintenu le système juridique existant en attendant l'adoption d'une politique définitive sur l'avenir du Québec.⁽¹⁸⁶⁾

Certes, par la Proclamation de George III du 7 octobre 1763, on avait cherché à faire de l'anglais la seule langue de l'administration de la justice au Québec,⁽¹⁸⁷⁾ mais, comme l'a rappelé Jules Deschênes, la langue du

-
186. Comme l'a affirmé J. DESCHÊNES, Loc. Cit., note 175, à la page 31 : «Il n'y avait pas eu de législation portant directement sur la langue dans les 80 ans qui ont suivi la conquête; mais on peut se permettre certaines déductions, compte tenu des conditions de vie dans le pays.»

Voir également A. PRUJINER, Loc. Cit., note 167, à la page 42 : «Les solutions apportées eurent un caractère provisoire du fait de l'incertitude des résultats de la conquête jusqu'à la fin de la guerre en Europe, en 1763.»

Voir enfin l'arrêt Devine c. Procureur général du Québec /1982/ C.S. 355, à la page 363 (j. Dugas) :

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

187. Voir J. DESCHÊNES, Loc. Cit., note 175, à la page 32, où il affirme que la Proclamation de George III du 7 octobre 1763 ne s'est pas directement intéressée à la langue, mais a néanmoins introduit dans la colonie la loi et la justice anglaises, et, en conséquence, la langue anglaise.

Voir également A. PRUJINER, Loc. Cit., note 167, à la page 46.

Voir enfin l'arrêt Devine c. Procureur général du Québec, précité, note 186, 363 (j. Dugas).

La situation, telle qu'expliquée dans ces documents, était la suivante :

Après la signature du traité de paix à Paris, le 10 février 1763, par lequel le Québec était définitivement cédé à l'Angleterre, les Anglais s'étaient engagés dans la voie de l'assimilation. Portant d'abord sur la religion, la tentative d'assimilation s'est attaquée par la suite au domaine juridique. Ainsi, la Proclamation de George III du 7 octobre 1763, en plus de définir les limites géographiques de la nouvelle

milieu a résisté : la justice a dû se plier au fait français.⁽¹⁸⁸⁾ Ainsi, les

187. (suite)

province de Québec, y imposait un régime juridique calqué sur le modèle anglais :

(...) que nous avons aussi accordé auxdits gouverneurs le pouvoir de faire, avec le consentement de nosdits conseils et des représentants du peuple qui devront être convoqués tel que susmentionné, de décréter et de sanctionner des lois, des statuts et des ordonnances pour assurer la paix publique, le bon ordre ainsi que le bon gouvernement desdites colonies, de leurs populations et de leurs habitants, conformément autant que possible aux lois d'Angleterre et aux règlements et restrictions en usage dans les autres colonies. Dans l'intervalle et jusqu'à ce que ces assemblées puissent être convoquées, tous ceux qui habitent ou qui iront habiter nosdites colonies peuvent se confier en Notre protection royale et compter sur Nos efforts pour leur assurer les bienfaits des lois de Notre royaume d'Angleterre; à cette fin, Nous avons donné aux gouverneurs de Nos colonies sous Notre grand sceau, le pouvoir de créer et d'établir, de l'avis de Nosdits conseils, des tribunaux civils et des cours de justice publiques dans Nosdites colonies pour entendre et juger toutes les causes aussi bien criminelles que civiles, suivant la loi et l'équité, conformément autant que possible aux lois anglaises.

Dans les faits, la conformité avec les lois anglaises impliquait la conformité avec une loi anglaise de 1731 : An Act that all Proceedings in Courts of Justice within that Part of Great Britain called England, and in the Court of Exchequer in Scotland, shall be in the ENGLISH Language, Statutes at Large, 1764, George II, vol. VI, C. 26. Cette loi était notamment à l'effet que :

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

Au Québec aussi, donc, l'anglais était devenue la seule langue de l'administration de la justice.

Notons toutefois que Herbert Marx a douté que la Loi de 1731 se soit appliquée au Canada : Loc. Cit., note 161, aux pages 268 et 269.

188. J. DESCHÊNES, Ibid.

En ce sens, voir également A. PRUJINER, Loc. Cit., note 167, aux pages 44 et 48.

gouvernants anglais ont-ils dû faire volte-face et promulguer, le 1er février 1770, une ordonnance établissant le droit du demandeur de rédiger sa déclaration dans la langue de son choix en matière civile.⁽¹⁸⁹⁾ Cette ordonnance semble d'ailleurs avoir été la « première expression juridique officielle du bilinguisme judiciaire québécois. »⁽¹⁹⁰⁾

C'est l'Acte de Québec de 1774 qui, sans se prononcer sur la langue toutefois, est venu abroger la Proclamation de 1763 et rétablir les lois françaises. Comme l'a affirmé Jules Deschênes, « /i/1 était évident que la justice devait alors se rendre dans les deux langues. »⁽¹⁹¹⁾ Ainsi, dès 1775, les premiers juges francophones ont été nommés⁽¹⁹²⁾ et en 1777, une ordonnance a obligé les juges à délivrer le bref d'assignation dans la langue du défendeur.⁽¹⁹³⁾ Cette dernière ordonnance a d'ailleurs été confirmée par une autre ordonnance en 1785.⁽¹⁹⁴⁾ Puis, après une certaine période de flottement

189. Voir A. PRUJINER, Loc. Cit., note 167, à la page 47.

190. Ibid.

191. J. DESCHÊNES, Loc. Cit., note 175, à la page 32.

Voir également A. PRUJINER, Id., à la page 48 : « (...) le droit français n'existant qu'en langue française, celle-ci obtenait *ipso facto* un statut judiciaire officiel. »

Voir toutefois les commentaires du juge Dugas dans l'arrêt Devine c. Procureur général du Québec, précité, note 186, 364, concernant l'article XI de l'Acte de Québec et la langue du procès en matière criminelle.

192. Voir A. PRUJINER, Loc. Cit., note 167, à la page 48.

193. Ibid.

194. Ibid. Voir également l'arrêt MacDonald c. Ville de Montréal, précité, note 68, 537 (J. Wilson).

entre le bilinguisme intégral et le bilinguisme optionnel, on est finalement revenu à cette dernière solution, comme en témoigne une ordonnance de 1846 disposant que la langue des procédures devait être laissée au choix des parties.⁽¹⁹⁵⁾

Comme l'a fait remarquer Jules Deschênes, «/c'/est cette dernière disposition qui a été retenue dans l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 et qui a donc continué de régir les institutions (...) judiciaires (...) à Québec jusqu'à nos jours.»⁽¹⁹⁶⁾ Mais comme l'a également fait remarquer Alain Prujiner, «/l'/article 133 /n'a pas apporté/ de changement important quant aux pratiques linguistiques devant les tribunaux québécois.»⁽¹⁹⁷⁾

Nous constatons donc que, à l'instar de ce qui a été le cas pour l'édiction de l'article 133 quant au domaine législatif, le constituant s'est davantage attardé à enchâsser dans la constitution les droits qui existaient déjà au Québec dans le domaine judiciaire, qu'à créer des droits nouveaux.⁽¹⁹⁸⁾ En ce faisant, il a conféré «(...) à la préoccupation

195. Voir J. DESCHÊNES, Loc. Cit., note 175, à la page 35; et aussi A. PRUJINER, Loc. Cit., note 167, aux pages 48, 49 et 50.

196. J. DESCHÊNES, Loc. Cit., NOTE 175, à la page 35.

197. A. PRUJINER, Loc. Cit., note 167, à la page 50.

198. Voir H. MARX, Loc. Cit., note 161, à la page 241 : «(...) the B.N.A. Act did not establish language rights, it simply guaranteed that certain rights would be entrenched.»

historique à l'égard du statut des deux langues un caractère constitutionnel»⁽¹⁹⁹⁾ et a ainsi répondu aux attentes déjà mentionnées des Québécois envers le maintien et la protection de leurs droits.

Voilà qui explique pourquoi les Pères de la fédération canadienne, bien au fait du vieux problème épineux des droits linguistiques, ont choisi l'unilinguisme optionnel pour les tribunaux et le bilinguisme obligatoire pour les fins législatives.⁽²⁰⁰⁾ Mais voilà qui explique également en quoi l'édiction de l'article 133 a été une condition essentielle de l'adhésion du Québec au pacte fédératif canadien. Il semble en effet que sans cette protection constitutionnelle, les Québécois francophones se seraient senti menacés par le contexte minoritaire dans lequel ils étaient appelés à se retrouver dans le cadre du fédéralisme canadien et auraient craint que leurs droits historiques à l'usage du français soient attaqués par la majorité anglophone du Canada.⁽²⁰¹⁾ Il est donc permis de penser que, sans la protection de l'article 133, le Québec n'aurait tout simplement pas adhéré au fédéralisme canadien.

199. Voir l'opinion du juge Wilson dans l'arrêt MacDonald c. Ville de Montréal, précité, note 68, 537 : «En 1867, l'art. 133 de la Loi constitutionnelle a perpétué la faculté exprimée dans les lois des S.R.B.C. 1861, conférant ainsi à la préoccupation historique à l'égard du statut des deux langues un caractère constitutionnel».

200. Voir l'arrêt MacDonald c. Ville de Montréal, précité, note 68, 493 et 494 (J. Beetz).

201. Comme l'a affirmé H. MARX, Loc. Cit., note 161, à la page 249 :

The difficulties which arose over the use of the French language in Legislature and in the Courts undoubtedly affected the French Canadians at Confederation. They wanted some sort of guarantee for their language.

On comprend alors aisément que le juge Deschênes ait dit des droits conférés par l'article 133 qu'ils font «(...) partie de la constitution du Canada avant de faire partie de la constitution du Québec»,⁽²⁰²⁾ et que Paul Gérin-Lajoie en ait dit qu'ils étaient «(...) de la nature de garanties intangibles encore plus fondamentales que les attributs de la souveraineté provinciale.»⁽²⁰³⁾

Mais on notera toutefois avec intérêt que tant le juge Deschênes que Paul Gérin-Lajoie ont fait ressortir de cette nature hautement historique de l'article 133 des conséquences à l'égard des modalités de sa modification : l'un pour le soustraire, à tout le moins, aux pouvoirs unilatéraux du Québec et du fédéral, et l'autre pour lui imposer la règle de l'unanimité. En effet, comme nous l'avons déjà vu, c'est avant tout son rôle historique qui a donné à l'article 133 la «transcendance» nécessaire pour échapper aux pouvoirs conférés par les articles 91 (1) et 92 (1) de la Loi constitutionnelle de 1867.⁽²⁰⁴⁾ De même, c'est avant tout la nature fondamentale des droits

202. Blaikie c. Procureur général du Québec et Procureur général du Canada, précité, note 103, 58.

203. P. GÉRIN-LAJOIE, Loc. Cit., note 127, à la page 1154.

204. Voir l'arrêt Blaikie c. Procureur général du Québec et Procureur général du Canada, précité, note 103, particulièrement aux pages 52 et 53.

Voir également l'arrêt Procureur général du Québec c. Blaikie, précité, note 14, 1025.

Notons toutefois que la Cour suprême du Canada a cru être fidèle à la pensée du juge Deschênes en l'interprétant comme suit : «(...) l'article 133 ne fait pas partie de la constitution de la province au sens du par. 92 (1) mais fait partie indivisiblement de la constitution du Canada et du Québec (...)» /le soulignement est de nous/.

octroyés par l'article 133 qui a fait dire à Paul Gérin-Lajoie, dans le cadre d'une analyse de la situation antérieure à 1982, qu'«/i/1 faut considérer le Parlement fédéral absolument incompétent à requérir, sans le consentement unanime des gouvernements provinciaux, un amendement quelconque touchant /ces/ ... droits.»⁽²⁰⁵⁾

204. (suite)

Nous ne croyons toutefois pas que cette interprétation ait été fidèle aux propos tenus par le juge Deschênes, lesquels disaient de l'article 133, rappelons-le, qu'il faisait «(...) partie de la constitution du Canada avant de faire partie de la constitution du Québec.» /le soulignement est de nous/ : voir l'arrêt Blaikie c. Procureur général du Québec et Procureur général du Canada, précité, note 103, 58.

Il nous semble effectivement qu'il faut comprendre l'expression utilisée par le juge Deschênes comme signifiant qu'il importe peu de déterminer si l'aspect «québécois» de l'article 133 fait partie de la constitution du Québec ou non, puisque le fait que ce même aspect fait partie de la Constitution du Canada est de nature, en lui-même, à l'exclure de l'application de l'article 92 (1) de la Loi constitutionnelle de 1867. Ainsi envisagée, l'expression «Constitution du Canada» nous semble avoir été prise comme désignant une réalité normative qui englobe celle définie par l'expression «la constitution du Québec», soit cette réalité juridique qu'est l'État canadien : Voir Supra, note 54.

Par contre, l'expression utilisée par la Cour suprême du Canada prête à confusion, en semblant permettre une juxtaposition de la constitution du Canada et de la constitution du Québec. En effet, pareille juxtaposition nous laisse présumer une égalité de niveaux juridictionnels entre les deux «constitutions» et nous amène à croire que l'expression «la constitution du Canada» ne couvre que les seules normes constitutionnelles de l'entité juridique fédérale.

Quoi qu'il en soit, il est bien certain que la Cour suprême entendait faire siennes les paroles du juge Deschênes qu'elle avait malheureusement erronément interprétées : voir l'arrêt Procureur général du Québec c. Blaikie, précité, note 14, 1025.

205. P. GÉRIN-LAJOIE, Loc. Cit., note 127, à la page 1154.

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

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

Il en a été ainsi de la Conférence fédérale-provinciale de 1927. Lors de la séance du 4 novembre, Ernest Lapointe, alors ministre de la Justice du Canada, avait soumis aux provinces une proposition sommaire de procédures de modification constitutionnelle en vertu de laquelle le consentement de la majorité de celles-ci serait requis pour les modifications ordinaires, alors que pour les modifications essentielles et fondamentales -- comme par exemple l'article 133 -- le consentement unanime de toutes les provinces serait requis. (206)

206. Voir le sommaire des délibérations de la Conférence fédérale-provinciale de 1927 (Document parlementaire n^o 69, 1928) dans G. FAVREAU, Op. Cit., note 22, à la page 18; voir également «Dominion-provincial Conference of 1927», Precis of Discussions, aux pages 11 et 12 :

In order that adequate safeguard should be provided, it was proposed that in the event of ordinary amendments

Les participants à la Conférence n'ont pas tous été d'accord avec cette proposition. Certains l'appuyaient, certes, mais d'autres favorisaient le *statu quo*. Ces derniers, comme l'a rappelé Guy Favreau, «(...) soutenaient que la charte du Canada, venant de Londres, ne devait être modifiée que par Londres et qu'une méthode purement canadienne pourrait rendre les modifications trop faciles à effectuer»⁽²⁰⁷⁾ risquant ainsi de mettre en péril les pouvoirs, les droits et les prérogatives des provinces. Ces divergences de vue ont finalement fait, on s'en doute bien, qu'il n'a pas été donné suite à cette proposition.

La question de la modification de la constitution canadienne a refait surface le 28 janvier 1935, alors que la Chambre des communes du Canada a adopté la résolution suivante :

206. (suite)

being contemplated, the provincial legislature should be consulted, and a majority consent of the provinces obtained, while in the event of vital and fundamental amendments being sought involving such questions as provincial rights, the rights of minorities, or rights generally affecting races, language and creed, the unanimous consent of the provinces should be obtained.

(...)

The questions on which unanimity of the provinces should be required might be specified under sections 93 and 133 and section 92 sub-sections 12, 13, 14, of the British North America Act.

207. G. FAVREAU, Op. Cit., note 22, à la page 18.

Également cité dans G. RÉMILLARD, Loc. Cit., note 38, à la page 21.

La Chambre est d'avis qu'un comité spécial devrait être institué pour étudier la meilleure méthode de modifier l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de façon que, tout en sauvegardant les droits actuels des minorités religieuses et raciales et les prétentions légitimes des provinces à l'autonomie, le gouvernement fédéral puisse obtenir les pouvoirs suffisants pour donner une solution efficace aux problèmes économiques urgents qui, de leur nature, ont une portée nationale, ⁽²⁰⁸⁾ ledit comité devant ensuite faire rapport à la Chambre.

Ce comité spécial de la Chambre des communes a effectivement été constitué et a tenu une dizaine de réunions entre le 18 février et le 19 juin 1935. Il a entendu plusieurs experts, dont les exposés portaient principalement sur deux questions : la nécessité de modifier l'Acte de l'Amérique du Nord britannique et la méthode de modification. Dans son rapport final, le Comité a notamment recommandé qu'une conférence fédérale-provinciale soit convoquée dans les plus brefs délais pour étudier la question des procédures de modification. Le Comité s'était cependant interdit de faire des recommandations quant aux procédures de modification à adopter, « afin de laisser à la conférence projetée la liberté entière d'étudier la question, sauf que le Comité /était/ définitivement d'avis que nulle atteinte ne /devrait/ être portée aux droits des minorités reconnus et concédés sous le régime des dispositions de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. » ⁽²⁰⁹⁾

C'est en décembre 1935 qu'il a été donné suite aux recommandations du Comité par la tenue, à Ottawa, d'une Conférence fédérale-provinciale. Présidée par le premier ministre Mackenzie King, cette conférence avait porté

208. G. FAVREAU, Id., aux pages 19 et 20.

209. Id., page 20.

sur les «amendements à la Constitution et la façon de procéder pour les mettre en vigueur.»⁽²¹⁰⁾ La Conférence en était notamment arrivée à la conclusion que la Constitution devait devenir une loi canadienne, mais avait référé à un groupe de fonctionnaires le soin d'établir des procédures de modification constitutionnelle acceptables. C'est sous le nom de «Comité permanent des questions constitutionnelles», que ces fonctionnaires fédéraux et provinciaux se sont réunis au cours de l'hiver 1936.

Un rapport, présenté par l'un des sous-comités de ce «comité permanent», avait proposé que les dispositions de la Constitution du Canada soient divisées, aux fins de leur modification, en quatre catégories⁽²¹¹⁾ :

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

210. Voir G. RÉMILLARD, Loc. Cit., note 38, aux pages 24 et 25, citant Le Devoir, Montréal, 9 décembre 1935, page 3.

211. Voir G. FAVREAU, Op. Cit., note 22, aux pages 21 et 22. Voir également G. RÉMILLARD, Loc. Cit., note 38, aux pages 25 et 26.

- b) Les matières qui concernaient le fédéral et une ou plusieurs provinces, mais non la totalité; lesquelles devaient être modifiées par une loi du Parlement fédéral et par l'assentiment, exprimé dans une résolution, de la législature de chaque province intéressée.
- c) les matières qui concernaient le fédéral et toutes les provinces; lesquelles devaient être modifiées par une loi du Parlement du Canada et par l'assentiment, exprimé dans une résolution, des législatures des deux tiers des provinces représentant au moins 55% de la population canadienne à moins que cette loi ne porte sur des matières relatives aux paragraphes 13 ou 16 de l'article 92 de l'A.A.N.B. 1867, dans lesquels cas la législature d'une province pouvait continuer à légiférer exclusivement sur ces matières après avoir exprimé dans une résolution son dissentiment à l'amendement.
- d) Les droits fondamentaux,⁽²¹²⁾ soit les matières relevant des articles 9 (Reine investie du pouvoir exécutif), 21 (nombre de sénateurs), 22 (représentation des provinces au Sénat), 51 et 51 A (représentation aux Communes), 92 (4), (5), (8), (12), (14) et (15) (pouvoirs législatifs des provinces), 93 (éducation), et

212. Notons que l'on retrouve plutôt dans G. FAVREAU, Op. Cit., note 22, à la page 22, l'expression «les dispositions protégées».

Gil RÉMILLARD, quant à lui, a utilisé l'expression «les droits fondamentaux». Nous avons retenu cette dernière expression car elle nous semble avoir le mérite d'expliquer mieux que l'autre la raison même pour laquelle l'unanimité a été proposée pour la modification de ces dispositions : elles sont fondamentales. Voir Op. Cit., note 38, à la page 26.

133 (emploi des langues anglaise et française) de l'A.A.N.B. (1867); ainsi que relevant des dispositions correspondant à l'article 93 de l'A.A.N.B. (1867) que l'on retrouve dans l'Acte du Manitoba de 1870, l'Acte de la Saskatchewan de 1905, et l'Acte de l'Alberta de 1905, et celles correspondant à l'article 133 de l'A.A.N.B. (1867) que l'on retrouve dans l'Acte du Manitoba de 1870. Ces droits fondamentaux devaient être modifiés par une loi du Parlement fédéral et par l'assentiment, exprimé dans une résolution, des législatures de toutes les provinces.

Comme le mentionna Guy Favreau, ces propositions de procédures de modification constitutionnelle furent les premières à affirmer «(...) le concept de 'protection' au sujet des dispositions intéressant directement les rapports historiques et constitutionnels fondamentaux entre le gouvernement fédéral et les provinces, les droits des minorités et l'emploi des langues anglaise et française. Ces dispositions furent reconnues comme le fondement du fédéralisme canadien et de l'unité canadienne.»⁽²¹³⁾

Notons toutefois que bien qu'il n'a pas été donné suite à ces recommandations, il n'en demeure pas moins que celles-ci semblent avoir dégagé les principes essentiels qui ont été discutés lors des conférences constitutionnelles qui ont suivi.⁽²¹⁴⁾

213. G. FAVREAU, Id., à la page 23.

214. Voir Id., à la page 22.

Ainsi, en janvier 1950, s'est ouverte à Ottawa une autre conférence fédérale-provinciale, laquelle s'est d'ailleurs continuée à Québec en septembre de la même année. À la session de janvier, la conférence a créé un comité des procureurs généraux. Ce comité a recommandé que les matières de la constitution du Canada soient étudiées sous différents chefs :⁽²¹⁵⁾

- a) Les dispositions qui concernaient le fédéral seulement; lesquelles pouvaient être modifiées par une simple loi du Parlement du Canada.
- b) Les dispositions qui concernaient les provinces seulement; lesquelles pouvaient être modifiées par une simple loi des législatures provinciales.
- c) Les dispositions qui intéressaient le fédéral et une ou plusieurs provinces, mais non la totalité; lesquelles devaient être modifiées par une loi du Parlement du Canada et par une loi de la législature de chaque province concernée.
- d) Les dispositions qui intéressaient le fédéral et toutes les provinces; lesquelles devaient être modifiées par une loi du Parlement du Canada et par des lois de telle majorité des législatures, et dans telles conditions supplémentaires, s'il y a lieu, dont on pourrait convenir.

215. Voir Id., aux pages 24 et 25. Voir également G. RÉMILLARD, Loc. Cit., note 38, aux pages 35 et 36.

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

f) Les dispositions à abroger.

C'est à un comité permanent qu'a été confiée la tâche de classer les articles de la Constitution parmi les diverses catégories déterminées. La classification proposée par ce comité a soulevé de si vives controverses que celles-ci ont fait avorter l'ensemble du projet de réforme constitutionnelle mis en avant par la Conférence de 1950. (216)

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

Le Gouvernement fédéral et ceux des neuf autres provinces tombèrent d'accord que l'article 133 devait entrer dans la cinquième catégorie : celle des droits fondamentaux que seule l'unanimité permettrait de modifier. Mais pour des

216. Comme devait l'affirmer Alexander BRADY, Loc. Cit., note 129, à la page 496 :

Agreement was reached in classifying 61 of the 147 sections in the British North America Act, but on the others differences were substantial, especially on the all-important question of what provisions should be entrenched. By late December 1950, the Conference had foundered.

motifs que le Rapport de la conférence ne révèle pas, Québec hésitait entre les catégories 4 et 5 de sorte que la question dut être ajournée pour plus ample étude.

Il n'en demeure pas moins qu'en 1950 la classification de l'article 133 parmi les droits fondamentaux des habitants du Canada réunissait un large consensus au pays et confirmait la compréhension que l'on (217) faisait de l'intention des hommes politiques de 1867.

La Cour a déjà démontré, en effet, que tous les gouvernements avaient pris une attitude foncièrement différente, à la même Conférence, vis-à-vis l'article 133 : tous, sauf le Québec, le considéraient de droit fondamental, et encore le Québec partageait-il en bonne partie cette même opinion et n'avait jamais suggéré que l'article 133 fût placé dans la même catégorie que l'article 128. (218)

La question de la modification constitutionnelle a été rediscutée à l'occasion d'une conférence des procureurs généraux qui a été tenue en octobre et novembre 1960 ainsi qu'en janvier et septembre 1961. L'une des procédures de modification qui avait alors été proposée prévoyait que le Parlement du Canada pourrait édicter des lois abrogeant ou modifiant toute disposition de la Constitution du Canada, aux conditions suivantes : (219)

- a) Nulle loi relative aux pouvoirs législatifs des provinces, aux droits ou privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit à la législature ou au gouvernement d'une province, à l'emploi des langues anglaise et française, au droit d'une province à une représentation minimum à la Chambre des Communes

217. Blaikie et autres c. Procureur général du Québec et Procureur général du Canada, précité, note 103, 53.

218. Id., à la page 58.

219. Voir G. RÉMILLARD, Loc. Cit., note 38, aux pages 40 et 41. Voir également G. FAVREAU, Op. Cit., note 22, aux pages 28 et 29.

non inférieure à sa représentation au Sénat (article 51A) ou à la procédure de modification elle-même, ne devrait entrer en vigueur sans le concours des législatures de toutes les provinces.

- b) Nulle loi relative à une ou plusieurs provinces, mais non à toutes, ne devrait entrer en vigueur sans le concours de la Législature de chaque province à laquelle la disposition se rapporte.
- c) Nulle loi relative à l'éducation ne devrait entrer en vigueur sans le concours des législatures de toutes les provinces autres que Terre-Neuve, et nulle loi relative à l'éducation dans la province de Terre-Neuve ne devrait entrer en vigueur sans le concours de la législature de la province de Terre-Neuve.
- d) Nulle loi touchant toute autre disposition de la Constitution ne devrait entrer en vigueur sans le concours des législatures d'au moins les deux tiers des provinces représentant au moins cinquante pour cent de la population.

Cette proposition a été rendue publique par le ministre de la justice du Canada, E. Davie Fulton, le 1er décembre 1961, et a été consacrée sous le nom de «Formule Fulton». Bien qu'il ait semblé que «'la grande majorité' des participants à la conférence considérait la formule comme 'une base acceptable de législation'»,⁽²²⁰⁾ des divergences de vue subsistaient et

220. G. FAVREAU, Op. Cit., note 22, à la page 29.

ont empêché le projet d'être mené à terme.⁽²²¹⁾ Il semble néanmoins que tout le monde était d'accord pour réserver au consentement unanime des provinces l'altération du droit à l'usage officiel de l'anglais ou du français, et que cet accord ait été facile à obtenir.⁽²²²⁾

221. Comme devait l'affirmer A. BRADY, Loc. Cit., note 129, à la page 490 :

This document is the most thorough and significant attempt hitherto made to frame an amending procedure for Canada. Yet nothing has occurred as a sequel. The Government of Saskatchewan publicly expressed its disapproval of certain features in the draft, and with less publicity Quebec, although it accepted the document, let it be known that it expected the national government at the same time to rescind or greatly modify the terms of the British North America Act (No. 2) of 1949. At a press conference on December 29, 1961, Mr. Diefenbaker said that in view of the positions adopted by Saskatchewan and Quebec he did not expect any action on the matter within the next two years. None has been taken.

Voir également L. P. PIGEON, Le sens de la formule Fulton-Favreau, (1966-1967) 12 McGill L. J. 403, aux pages 409 et 410 :

Ce qui empêcha la formule élaborée à la Conférence des procureurs généraux d'obtenir l'assentiment du Québec, c'est le refus du fédéral d'y intégrer avec des restrictions acceptables son pouvoir de modification obtenu en 1949. On ne voulait pas considérer cela comme une partie de la formule et l'on exigeait que les provinces se contentent de la promesse qu'une fois la formule sanctionnée, on serait disposé à reconsidérer le texte de 1949. On avait bien accepté, dès le début, de faire une réserve complète pour l'article 51A auquel les provinces de l'Atlantique et particulièrement l'Île du Prince-Édouard attachent beaucoup d'importance, mais, pour le surplus, on s'est obstiné à soutenir que c'était un autre problème qu'il fallait laisser de côté jusqu'après le «rapatriement» de la Constitution.

222. Voir L. P. PIGEON, Id., à la page 408 :

Il est évident qu'une formule qui permet ainsi de modifier la constitution avec l'assentiment des deux tiers des provinces est extrêmement souple et ne constitue guère une protection contre des tentatives de centralisation, surtout dans le contexte canadien.

La question de la modification de notre Constitution a été discutée à nouveau lors de la Conférence inter-provinciale qui a été tenue en Alberta, en août 1964. Les premiers ministres provinciaux ont alors fait «(...) connaître au premier ministre du Canada leur confiance qu'un accord général sur le rapatriement de la Constitution pourrait être réalisé sur la base de la formule établie par les conférences constitutionnelles de 1960 et 1961.»⁽²²³⁾

Dans le cadre d'une autre conférence fédérale-provinciale, tenue à Charlottetown les 1er et 2 septembre 1964, les premiers ministres canadiens ont également affirmé leur intention «(...) de mettre au point une procédure en vue de modifier la Constitution au Canada en se fondant sur le projet de loi proposé lors de la Conférence de 1961, qu'ils acceptent en principe.»⁽²²⁴⁾ À cette fin, ils ont également convenu qu'une réunion des procureurs généraux du Canada et des provinces soit convoquée, avec le mandat de leur faire rapport.

222. (suite)

Voir également aux pages 408 et 409 :

Il a donc fallu se mettre à faire la liste des dispositions constitutionnelles qui seraient soustraites à l'application de la formule souple et protégées par la règle de l'unanimité («entrenched by a unanimity requirement», dit-on en anglais).

Voir enfin, à la page 409 :

De même, on s'est facilement mis d'accord pour réserver au consentement unanime des provinces l'altération du droit à l'usage officiel de l'anglais ou du français.

223. G. FAVREAU, Op. Cit., note 22, à la page 30.

224. Ibid.

Les procureurs généraux se sont effectivement réunis à Ottawa en octobre 1964, sous la direction du ministre de la justice du Canada, le successeur de E. D. Fulton, Guy Favreau. Ils ont alors unanimement accepté la «formule Fulton» telle quelle, sauf quelques modifications d'importance secondaire qui n'en modifiaient aucunement la substance,⁽²²⁵⁾ et sauf l'inclusion d'une catégorie visant les dispositions intéressant uniquement les législatures provinciales et une catégorie visant les dispositions intéressant uniquement le Parlement canadien, lesquelles catégories tombaient bien sûr sous le coup d'un pouvoir de modification conféré exclusivement à l'Assemblée législative concernée.

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

The Fulton-Favreau formula is, otherwise, in truth a three-fold formula. It requires unanimity of Canada and the Provinces in some cases; it requires in other cases consent of Canada and of two-thirds of the Provinces representing at least 50 per cent of the population of Canada; and it requires, in a third class of cases, consent of Canada and of the Provinces involved therein, such cases being those where the provisions of the Constitution refer to one or more but not all the Provinces.⁽²²⁶⁾

(...)

225. Id., à la page 34.

226. Bora LASKIN, Amendment of the Constitution: Applying the Fulton-Favreau Formula, (1965) 11 McGill L. J. 2, à la page 5.

The unanimity requirement applies to more than legislative power. As set out in the draft bill, it is applicable to changes effecting (1) the amending formula itself and, indeed, any part of the draft bill; (2) section 51A of the Constitution guaranteeing no fewer members of the House of Commons to a Province than the number of Senators therefrom; and it then goes on, in section 2, to require unanimity for any law «affecting any provision of the Constitution of Canada relating to (a) the powers of the legislature of a province to make laws; (b) the rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the legislature or the government of a province; (c) the assets or property of a province; (d) the use of the English or French language». Clause (d) refers, of course, to section 133 of the British North America Act, (...).

On constate donc qu'encore une fois, ce n'était que par une loi fédérale ayant obtenu l'approbation de toutes les provinces qu'une modification pouvait être apportée à l'article 133, aux termes de la formule «Fulton-Favreau». (228)

Conformément au mandat qui leur avait été confié, les procureurs généraux ont soumis la formule «Fulton-Favreau» à l'examen des premiers ministres canadiens, toujours dans le cadre de la Conférence fédérale-provinciale de 1964. La conférence a accepté la formule proposée le

227. Id., à la page 8.

228. L'article 2 d) de la formule «Fulton-Favreau», dont on retrouve d'ailleurs le texte à l'annexe 3 de G. FAVREAU, Op. Cit., note 22, exigeait le concours des législatures de toutes les provinces pour la modification des dispositions de la Constitution du Canada relatives à l'usage de l'anglais ou du français.

Comme devait l'affirmer J.-Y. MORIN dans Les dessous de la formule Fulton-Favreau, (1966-1967) 12 McGill L. J. 394, à la page 394 :

Or, il est certain que les articles 92, 93 et 133 de l'A.A.N.B., qui contiennent l'essentiel des pouvoirs du Québec et des droits des minorités, ne pourront être modifiés et améliorés sans le consentement de toutes les provinces, si la Formule Fulton-Favreau est adoptée.

14 octobre 1964. Puis, cette formule a été approuvée par l'assemblée législative de neuf provinces. Cependant, en janvier 1966, le gouvernement du Québec a déclaré qu'il n'en demanderait pas l'approbation à son assemblée législative. Il semble en effet que le premier ministre du Québec de l'époque, Jean Lesage, refusait de souscrire à la formule parce qu'elle «(...) risquait de placer le Québec dans une position trop difficile pour obtenir davantage : il pouvait se heurter aux vetos (sic) des autres.»⁽²²⁹⁾ On constate toutefois que les objections formulées à l'égard de la formule «Fulton-Favreau» n'avaient absolument rien à voir avec l'application de la règle de l'unanimité quant à la modification de l'article 133, laquelle application avait encore une fois reçu l'approbation de tous.

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

On remarquera d'ailleurs que l'article 133 est la seule disposition pour la modification de laquelle tous les projets de réforme constitutionnelle ont suggéré l'application de la règle de l'unanimité.⁽²³⁰⁾ C'est dire

229. G.-A. BEAUDOIN, Op. Cit., note 44, à la page 455.

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

-- le droit d'une province d'avoir à la Chambre des communes un nombre de députés au moins égal à celui des sénateurs par lesquels elle est habilitée à être représentée (art. 51.A de la Loi Constitutionnelle de 1867) : voir les projets de 1935-36, 1961 et 1964;

l'extrême importance qu'on lui a toujours reconnue.⁽²³¹⁾

Mais on retiendra également de cette étude historique que l'article 133 a toujours été considéré par nos acteurs politiques comme étant indivisible, et que la règle de l'unanimité a été appliquée indistinctement à ses deux parties, fédérale et provinciale, et ce, malgré que sa partie provinciale ne concernait techniquement que le Québec.⁽²³²⁾ C'est d'ailleurs cette même indivisibilité qui a été reconnue par le juge Deschênes dans l'affaire Blaikie et qui a commandé, comme nous l'avons déjà vu, qu'aucune des assemblées législatives impliquées n'ait, à l'égard de l'article 133, un pouvoir que l'autre n'ait pas.

230. (suite)

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

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

231. Cette importance était telle d'ailleurs, qu'on notera avec étonnement que le projet de 1935-36 avait proposé l'unanimité pour la modification de l'article 133, mais avait laissé au pouvoir unilatéral du fédéral la modification de la «charge du gouverneur général», un sujet maintenant soumis à l'unanimité en vertu de l'article 41 a) de la Loi constitutionnelle de 1982.

232. Voir, par exemple, B. LASKIN, Loc. Cit., note 226, à la page 14 :

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

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

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

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

Henri Brun et Guy Tremblay sont cependant arrivés à une conclusion différente dans leur ouvrage intitulé Droit constitutionnel, après avoir interprété l'article 43 b) de la Loi constitutionnelle de 1982 à la lumière de

l'article 45 de cette loi. Il faut bien admettre toutefois que ces auteurs n'ont jamais été de chauds partisans de l'indivisibilité de l'article 133.⁽²³³⁾

Quoi qu'il en soit, leur interprétation veut que l'article 43 n'ait pour but que de compléter l'article 45.⁽²³⁴⁾ Ainsi interprété, l'article 43 s'appliquerait donc, selon eux, aux «(...) dispositions de la Constitution du Canada qui transcendent le seul intérêt de chaque province concernée et non pas celles qui intéressent exclusivement la constitution interne de la province.»⁽²³⁵⁾ Or, ont-ils par ailleurs rappelé, l'article 133 a déjà été

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

Cette façon de voir les choses découle logiquement de l'option de base prise au départ par les tenants de l'intangibilité. Elle ne s'impose pas juridiquement, puisque l'article 23 de l'Acte du Manitoba constitue justement le résultat de la division de l'article 133 de l'A.A.N.B. pour les fins du Manitoba.

Voir H. BRUN et G. TREMBLAY, Les langues officielles au Canada, (1979) 20 C. de D. 69, à la page 77.

234. Henri BRUN et Guy TREMBLAY ont affirmé, Op. Cit., note 1, à la page 355, que l'article 43 b) de la Loi constitutionnelle de 1982 constituait une exception à la compétence constitutionnelle que l'article 45 confère aux législatures provinciales.

On peut retrouver un raisonnement similaire développé par P. W. HOGG, Op. Cit., note 77, aux pages 95, 96 et 97.

Guy TREMBLAY a eu l'occasion de préciser davantage cette affirmation, Loc. Cit., note 61. En effet, il a écrit, à la page 1155, que «(...) l'article 43 n'aurait qu'une portée supplétive par rapport à l'article 45, celui-ci demeurant la règle.»

235. H. BRUN et G. TREMBLAY, Op. Cit., note 1, aux pages 366 et 367.

interprété dans l'affaire Blaikie comme transcendant le seul intérêt du Québec et comme faisant «(...) partie des conditions de l'union fédérative de 1867 (...)».⁽²³⁶⁾ Donc, ont-ils conclu, l'article 133 est visé par l'article 43 b) en question.⁽²³⁷⁾

Ce raisonnement est certes séduisant de prime abord, mais ne résiste toutefois pas à un examen plus approfondi. Il repose en effet sur le postulat qu'il existe une relation directe entre l'article 43 et l'article 45, et que seul l'article 43 peut accueillir les dispositions qui, parce qu'elles transcendent le seul intérêt de la province concernée, échappent à l'article 45. L'existence d'une relation directe entre l'article 43 et l'article 45 suggère elle-même que les dispositions qui sont susceptibles de tomber sous le couvert de l'article 43 sont celles qui, bien que faisant partie de la constitution de la province, échappent néanmoins à la portée de l'article 45 en ce qu'elles transcendent le seul intérêt de la province concernée.⁽²³⁸⁾

Or, les tribunaux ont interprété l'expression «constitution de la province» comme n'incluant justement pas les dispositions qui transcendent le

236. Id., à la page 356.

237. Id., aux pages 355 et 366.

Voir également Guy TREMBLAY, Loc. Cit., note 61, aux pages 1155 et 1156.

238. Rappelons à cet égard les propos tenus par Henri BRUN et Guy TREMBLAY, Op. Cit., note 1, à la page 356, alors qu'ils parlaient de l'article 45 de la Loi constitutionnelle de 1982 : «Les éléments de cette 'constitution de la province' qui seraient jugés être des conditions de l'union fédérative échapperaient par contre à ce pouvoir constituant.»

seul intérêt de la province.⁽²³⁹⁾ Il est donc contradictoire de prétendre qu'une disposition de la constitution de la province puisse transcender le seul intérêt de la province concernée : ou une disposition fait partie de la constitution de la province et alors tombe sous la compétence unilatérale conférée aux provinces par l'article 45, ou elle n'en fait pas partie, parce qu'elle transcende par exemple le seul intérêt de cette province, et est alors susceptible de voir sa modification être régie par l'une des autres formules instaurées par la Loi constitutionnelle de 1982. La notion de «dispositions applicables à certaines provinces seulement» se doit donc de référer, dans le contexte de la Loi constitutionnelle de 1982, à une réalité différente de celle exprimée par l'expression «constitution de la province». C'est sûrement d'ailleurs ce qui explique que l'article 43, par l'emploi qu'il fait de la négation «... ne ... que ...», ne semble pas avoir prévu qu'une autre procédure, comme par exemple celle établie par l'article 45, puisse être appliquée aux dispositions qu'il vise.

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

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

Tout nous autorise donc à croire que, contrairement à ce qu'affirment Henri Brun et Guy Tremblay, il n'existe pas de relation directe entre l'article 43 et l'article 45. En fait, s'il est une disposition qui, dans tout le régime de modification instauré par la Loi constitutionnelle de 1982, peut à notre avis prétendre compléter l'article 45, c'est bien plutôt l'article 41 a), en ce qui concerne la «charge de lieutenant-gouverneur». (240)

Nous sommes donc d'avis que l'article 43 b) de la Loi constitutionnelle de 1982 doit plutôt être lu en conjonction avec l'article 41 c) de cette loi. (241) Ainsi interprété, l'article 43 b) s'appliquerait donc aux dispositions qui ne font pas partie de la «constitution de la province», au sens strict que les tribunaux ont déjà donné à cette expression, mais qui ne sont néanmoins applicables, tant dans leur esprit que dans leur libellé, qu'à une ou à quelques provinces. Quant à l'article 41 c), il s'appliquerait lui aussi aux dispositions qui ne font pas partie de la constitution de la province, mais viserait plus particulièrement celles de ces dispositions qui intéressent, dans leur libellé ou dans leur esprit, l'ensemble du Canada.

Nous constatons donc qu'à partir de la même prémisse que celle de Henri Brun et Guy Tremblay, à savoir que l'article 133 échappe au seul intérêt du Québec parce qu'il fait partie des conditions de notre union fédérative,

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

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

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

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

Toutefois, s'il sera impossible pour le Parlement fédéral ou la législature québécoise de modifier l'article 133 autrement qu'en respectant la règle de l'unanimité, nous croyons qu'il leur sera toutefois possible d'ajouter au régime de bilinguisme instauré par cet article. Nous avons déjà vu, en effet, qu'il était possible pour le Parlement canadien et la législature québécoise, avant le rapatriement de la Constitution canadienne, d'accorder une meilleure protection aux droits linguistiques, en adoptant

unilatéralement des dispositions purement législatives ayant pour effet d'ajouter au régime de bilinguisme instauré par l'article 133. Or, la Loi constitutionnelle de 1982 n'ayant en rien modifié le libellé de l'article 133, nous ne voyons aucune raison pour laquelle il ne continuerait pas à n'avoir qu'une portée minimale.

Mais qu'advierait-il si c'était par l'enchâssement de nouvelles dispositions dans la constitution que l'on entendait maintenant ajouter au régime de bilinguisme de l'article 133? Nous sommes alors d'avis que, à défaut d'une autre procédure applicable, c'est par le biais de la procédure prévue à l'article 38 de la Loi constitutionnelle de 1982, soit la formule générale, que l'on devrait procéder. À la suite de l'enchâssement de ces dispositions, ce serait toutefois à l'article 41 c) ou à l'article 43 b) de la Loi constitutionnelle de 1982, dépendamment bien sûr du libellé et de l'esprit des dispositions en question, qu'il faudrait avoir recours pour les modifier. (242)

Une chose nous semble être certaine toutefois, c'est que même après la Loi constitutionnelle de 1982, le principe déjà développé par les tribunaux selon lequel il est impossible d'opérer une modification constitutionnelle par le seul biais de l'interprétation judiciaire continue de trouver application.

242. En d'autres termes, les articles 41 et 43 de la Loi constitutionnelle de 1982 ne pourraient pas régir l'enchâssement de nouvelles dispositions, mais s'appliqueraient toutefois à la modification de ces dispositions une fois qu'elles auraient été enchâssées.

Nous croyons d'ailleurs que c'est ainsi que doivent être comprises ces remarques, peut-être un peu ambiguës toutefois, faites par Henri Brun et Guy Tremblay, Op. Cit., note 1, à la page 366, alors qu'ils parlaient de l'article 43 de la Loi constitutionnelle de 1982 : «(...) le texte ne vise que les dispositions existantes de la Constitution du Canada (...)».

Tout empiètement sur l'article 133,⁽²⁴³⁾ de même que toute progression qui ne résulterait pas d'une interprétation raisonnable du libellé même de cet article,⁽²⁴⁴⁾ appartient donc au processus politique, dans la mesure toutefois, bien sûr, où les procédures constitutionnelles applicables sont strictement respectées. Mais, au fait, en sera-t-il ainsi pour l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba?

243. Comme devaient l'affirmer les juges majoritaires dans l'arrêt R. c. Mercure, précité, note 12, 269, alors qu'ils parlaient, sous la plume du juge La Forest, des droits linguistiques en général : «Tout empiètement sur ceux-ci doit être réservé au pouvoir législatif.»

244. Voir le jugement rendu par le juge Deschênes dans l'arrêt Blaikie et autres c. Procureur général du Québec et Procureur général du Canada, précité, note 103, 58 : «Rien ne justifierait la Cour de forcer les textes afin d'en extraire une signification que les rédacteurs n'ont jamais voulu leur donner.»

Titre II

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

L'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba accorde à tous les Manitobains le droit à l'usage de l'anglais ou du français dans les corps législatifs, les lois et les tribunaux de la province. En cela peut-on dire de l'article 23 qu'il est, plus spécifiquement, une manifestation du droit général qu'ont les Franco-manitobains de s'exprimer dans leur propre langue.⁽²⁴⁵⁾ Voilà sans doute ce qui a fait dire à la Cour suprême du Canada, dans le Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, que l'article 23 est, pour la minorité franco-manitobaine, à l'instar de ce qu'est l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 pour les Anglo-qubécois, une garantie fondamentale enchâssée dans la Constitution.⁽²⁴⁶⁾

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

245. Voir le Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, précité, note 12, 744.

246. Voir Id., 739.

Chapitre I

La modification de l'article 23 avant la Loi constitutionnelle de 1982

La Loi de 1870 sur le Manitoba, -- parce qu'elle donnait à cette province la même organisation de gouvernement responsable que celle des provinces plus anciennes, parce qu'elle dotait la législature provinciale d'un conseil législatif, parce qu'elle garantissait les droits et privilèges scolaires existants des minorités protestante et catholique et, bien sûr, parce qu'elle protégeait l'usage de l'anglais et du français à la législature et devant les tribunaux de la province --, n'a fait ni plus ni moins, comme l'a affirmé Mason Wade, qu'instaurer un nouveau Québec dans l'Ouest.⁽²⁴⁷⁾ Mais comme l'a rappelé également Gérard-A. Beaudoin, les destins linguistiques du Québec et du Manitoba, bien qu'initialement envisagés comme semblables en principe, ont pourtant été bien différents dans les faits.⁽²⁴⁸⁾ Il appert en effet que, dès qu'ils ont constitué une majorité au Manitoba, les anglophones se sont attaqués aux droits des francophones, notamment en abrogeant la protection constitutionnelle conférée à l'usage du français dans la province.

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

247. Mason WADE, Les Canadiens français de 1760 à nos jours, Tome I, Ottawa, Le Cercle du Livre de France, 1963, à la page 441.

248. Gérard-A. BEAUDOIN, Op. Cit., note 44, à la page 308.

Section I

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

L'instauration du bilinguisme ne devait pas jouir d'un grand succès au Manitoba. Ainsi, en 1890, durant une vague de sentiments anti-français, la législature manitobaine avait voté l'«Official Language Act»⁽²⁴⁹⁾ qui avait eu pour objet l'abrogation de l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba et qui avait cherché à faire de l'anglais la seule langue officielle des tribunaux et de la législature de la province. Dès l'adoption de l'«Official Language Act», la province du Manitoba avait cessé de publier les versions françaises des lois, ainsi que des archives, procès-verbaux et journaux de l'assemblée législative.

249. An Act to Provide that the English Language shall be the Official Language of the Province of Manitoba, S.M. 1890 (Man.), Chap. 14 (maintenant R.S.M. 1970, Chap. 010).

Nous retrouvons dans l'arrêt Procureur général du Manitoba c. Forest /1979/ 2 R.C.S. 1032, à la page 1035, une traduction non officielle de cette loi :

1(1) Nonobstant toute loi ou disposition contraire, seule la langue anglaise sera utilisée dans les archives, procès-verbaux et journaux de l'Assemblée législative du Manitoba ainsi que dans toute plaidoirie ou pièce de procédure devant les tribunaux de la province du Manitoba, ou émanant de ces tribunaux.

(2) Dans l'impression et la publication des lois de la législature du Manitoba l'usage de la langue anglaise suffira.

2 La présente loi ne s'appliquera que dans la mesure où elle relève de la compétence législative de la législature.

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

Pour les tenants de la validité de l'«Official Language Act», cette loi, bien qu'incompatible avec l'article 23, devait quand même être déclarée constitutionnelle parce qu'éditée en vertu du pouvoir de modification conféré aux législatures provinciales par l'article 92 (1) de la Loi constitutionnelle de 1867.⁽²⁵⁰⁾

250. C'est l'article 2 de la Loi de 1870 sur le Manitoba (S.R.C. 1970, app. II) qui rend l'article 92 (1) applicable à cette province. Cet article se lit comme suit :

2. Le, depuis et après le jour ci-dessus énoncé auquel l'ordre de la Reine en conseil prendra effet comme il est dit ci-haut, les dispositions de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867 seront, -- sauf les parties de cet acte qui sont, en termes formels, ou qui, par une interprétation raisonnable, peuvent être réputées spécialement applicables à une ou plus mais non à la totalité des provinces constituant actuellement la Puissance, et sauf en tant qu'elles peuvent être modifiées par le présent acte -- applicables à la province de Manitoba, de la même manière et au même degré qu'elles s'appliquent aux différentes provinces du Canada, et que si la province de Manitoba eût été, dès l'origine l'une des provinces confédérées sous l'autorité de l'acte précité.

Malgré les doutes sérieux qui avaient toujours existé quant à la validité de cette loi, il a fallu attendre plus de quatre-vingt-dix ans après son édicition pour que la question soit tranchée par la Cour suprême du Canada. Il y avait certes eu les décisions rendues par la Cour de comté de Saint-Boniface dans les affaires Pellant c. Hébert⁽²⁵¹⁾ et Bertrand c. Dussault,⁽²⁵²⁾ en 1892 et en 1909 respectivement, mais ces décisions étaient

-
251. Le juge Prud'homme y avait émis l'opinion que «le c. 14, 53 Vict., était *ultra vires* de la législature du Manitoba et que la clause 23 de l'Acte du Manitoba ne pouvait pas être changée et encore moins abrogée par la législature de cette province.»

Cette décision n'avait fait l'objet d'aucun appel. Elle n'avait d'ailleurs été publiée, à l'origine, que dans Le Manitoba, un quotidien de langue française. On peut maintenant la retrouver citée intégralement par J. E. MAGNET dans Court Ordered Bilingualism, (1981) 12 R.G.D. 237, aux pages 242 à 244.

252. C'était encore une fois le juge Prud'homme qui avait rendu jugement, le 30 janvier 1909, et qui avait déclaré l'inconstitutionnalité de la Loi de 1890 en ces termes :

I then hold that c. 126 of the R.S.M. is *ultra vires* of the legislature of Manitoba and that consequently s. 23 of the Manitoba Act cannot be amended and still less repealed by the provincial legislature. I could not come to a different conclusion without doing violence to both the letter and spirit of the B.N.A. Act and The Manitoba Act.

The use of both languages in Quebec and Manitoba has been secured by a provision which does not come at all under the authority delegated to the provincial legislatures by s. 92. The Imperial Parliament alone could modify or repeal that enactment.

Cette décision n'avait fait l'objet d'aucun appel. Elle n'avait pas non plus été publiée à l'origine. On la retrouve maintenant reproduite dans l'arrêt Forest c. Registrar of Court of Appeal of Manitoba, [1977] 5 W.W.R. 347, aux pages 361 à 366. On en retrouve également des extraits dans l'arrêt Blaikie c. Procureur général du Québec et Procureur général du Canada, précité, note 103, 57.

demeurées sans lendemain ainsi que l'a rappelé la Cour suprême du Canada dans l'étude qu'elle a faite de l'histoire des contestations judiciaires de la législation du Manitoba en matière linguistique, dans le Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba.⁽²⁵³⁾ Ce long délai semble s'expliquer par une réticence à contester la Loi de 1890, réticence causée par le fait que la situation linguistique des francophones au Manitoba était déjà précaire à cause des sentiments anti-français de l'époque. Par conséquent, tous les efforts avaient été concentrés sur la survie des droits à l'instruction catholique.⁽²⁵⁴⁾

C'est donc en 1979 que la question de la constitutionnalité de l'«Official Language Act» a été soumise pour la première fois à la Cour suprême du Canada, à l'occasion de l'affaire Procureur général du Manitoba c. Forest.⁽²⁵⁵⁾ La Cour suprême a alors affirmé que, bien que l'Acte du Manitoba en son entier soit la constitution de la province du Manitoba,

(...) il est évident qu'on n'a pas voulu que le pouvoir de modification conféré par le par. 92(1) s'applique à l'ensemble de cette loi, pas plus qu'on n'a voulu que toutes les dispositions de l'A.A.N.B. touchant la constitution des provinces dans ce sens large y soient soumises.⁽²⁵⁶⁾

253. Voir le Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, précité, note 12, 732 à 735.

254. Voir l'arrêt Forest c. A. G. Manitoba and A. G. Canada, [1979] 4 W.W.R. 229, à la page 246.

255. Procureur général du Manitoba c. Forest, précité, note 249.

256. Id., 1038.

Après avoir reconnu qu'il y avait un conflit «évident» entre les dispositions de l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba et celles de l'«Official Language Act», la Cour suprême a appliqué l'arrêt Blaikie au cas de l'article 23 et a ainsi déclaré l'«Official Language Act» inopérant dans la mesure où il constituait une abrogation indirecte de l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba, confirmant ainsi l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba dont pourvoi était interjeté. (257)

Comme l'a affirmé la Cour :

En Cour supérieure, le juge en chef Deschênes a conclu, comme l'a mentionné le juge en chef Freedman en l'espèce, que l'expression «la constitution de la province» ne s'étend pas aux droits linguistiques visés à l'art. 133 de l'A.A.N.B. La Cour d'appel du Québec a confirmé à l'unanimité cette conclusion, que maintient l'arrêt déposé aujourd'hui sur le pourvoi formé devant la présente Cour. Vu l'étroite ressemblance signalée par le juge en chef Freedman entre l'art. 23 de l'Acte du Manitoba et l'art. 133 considéré sous son aspect provincial, il n'est pas nécessaire de s'attarder aux motifs pour lesquels on ne doit pas considérer cette dernière disposition comme une partie de «la constitution de la province» au sens du par. 92 (1). (258)

-
257. Voir l'arrêt Forest c. A. G. Manitoba and A. G. Canada, précité, note 254. Le jugement avait été rendu par le juge Freedman, endossé par les juges Monnin, Hall, Matas et O'Sullivan. Il y avait été notamment jugé, à la page 245, que :

The position of the plaintiff here is at least as strong as was the plaintiff's position in the Blaikie case. Indeed, it may be stronger by reason of the specific confirmation of the Manitoba Act by the United Kingdom's enactment of the B.N.A. Act 1871. The Dominion of Canada passes the Manitoba Act, the United Kingdom confirms that Act, and then the province of Manitoba nullifies the Act as regards one of its basic features. Everything that was said in relation to the Blaikie case applies with full vigour to the appeal now before us, and without restating the argument I simply apply it, mutatis mutandis.

258. Procureur général du Manitoba c. Forest, précité, note 249, 1036.

À la lumière de ce dernier passage, il nous semble donc que c'est avant tout sur la similitude qui existait entre le texte de l'article 23 et celui de l'article 133 que la Cour s'est reposée pour appliquer au Manitoba le même régime de modification constitutionnelle que celui appliqué au Québec et, plus particulièrement, pour faire en sorte que le Manitoba n'ait pas «à l'égard de l'art. 23 de l'Acte du Manitoba un pouvoir de modification que le Québec n'a pas à l'égard de l'art. 133.»⁽²⁵⁹⁾

C'est probablement d'ailleurs cette même similitude, ainsi que le fait que les articles 133 et 23 avaient tous deux une nature constitutionnelle, qui a fait dire au juge Freedman, dans la décision qui a été rendue par la Cour d'appel du Manitoba, que l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba n'était qu'une reproduction, *mutatis mutandis*, de l'article 133.⁽²⁶⁰⁾

Permettons-nous toutefois de douter que la seule similitude des articles 133 et 23 et que le seul fait que ces deux dispositions soient d'ordre constitutionnel aient pu suffire, en eux-mêmes, à soustraire l'article

259. Procureur général du Manitoba c. Forest, précité, note 249, 1039.

Voir également le Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, précité, note 12, où la Cour suprême du Canada a affirmé, à la page 730 : «Les dispositions de l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 sont pratiquement identiques à celles de l'art. 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba.»

260. Voir l'arrêt Forest c. A. G. of Manitoba and A. G. of Canada, précité, note 254, 238 :

No one would contend that the striking similarity between s. 133 of the B.N.A. Act, 1867, and s. 23 of the Manitoba Act, 1870, was the product of coincidence. The elements of chance operate too variously and capriciously to bring about such a result. Rather, one is safe in saying that the draftsman of s. 23 had before him s. 133, and that his deliberate quest was to reproduce in s. 23, *mutatis mutandis*, a counterpart of s. 133.

23 du pouvoir de modification unilatéral accordé au Manitoba par l'article 92 (1) de la Loi consitutionnelle de 1867.⁽²⁶¹⁾ N'oublions pas effectivement que c'était avant tout par son intangibilité que l'article 133 a pu échapper au pouvoir de modification conféré par l'article 92 (1). Mais n'oublions pas également que c'est parce qu'il devait historiquement protéger chacun des deux groupes fondateurs de l'empêchement et de la domination de l'autre que l'article 133 s'est vu reconnaître ce caractère d'intangibilité. Il nous faut donc nous demander si, au-delà de la similitude de leurs textes, les articles 23 et 133 ne se ressembleraient pas également par un même souci de protection de l'un des deux groupes fondateurs contre l'intervention législative de l'autre. C'est encore une fois l'histoire qui nous apporte une réponse.

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

L'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba fut l'aboutissement de nombreuses années de coexistence et de luttes entre les Anglais, les Français et les Métis dans la colonie de la rivière Rouge, qui est à l'origine de la province actuelle du Manitoba.⁽²⁶²⁾

261. Il ressort, par exemple, de l'arrêt R. c. Mercure, précité, note 12, que deux dispositions peuvent se ressembler dans leur libellé et avoir toutes deux une nature constitutionnelle, tout en étant toutefois soumises à des régimes de modification différents. La Cour suprême y avait en effet suggéré, rappelons-le, que le choix d'une procédure de modification plutôt qu'une autre, dépend de l'historique législatif propre à chaque disposition.

Ainsi, toujours dans cet arrêt, l'article 110 de l'Acte des Territoires du Nord-Ouest, bien qu'il ressemblait notamment à l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 et bien qu'il avait, à l'instar de ce dernier article, une nature constitutionnelle, a néanmoins été soumis à un régime de modification bien différent de celui appliqué à l'article 133 en question.

262. Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, précité, note 12, 731.

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

Comme nous l'a rappelé Claude-Armand Sheppard, dans la Terre de Rupert, les ordonnances et avis des gouverneurs nommés par la Compagnie de la Baie d'Hudson étaient publiés en anglais seulement de 1670 à 1811.⁽²⁶³⁾ Quant à la justice, dont la charte royale de la Compagnie de la Baie d'Hudson disait qu'elle devait être administrée conformément aux lois de l'Empire britannique, elle était effectivement administrée en anglais seulement, sous réserve peut-être de la courte période au cours de laquelle Sheppard affirme qu'il y a eu un «bilinguisme indirect».⁽²⁶⁴⁾

Après 1811, la Compagnie de la Baie d'Hudson a confié au comte de Selkirk le contrôle d'une grande étendue de terres longeant les rivières Rouge et Assiniboine, afin qu'il y applique, pour le plus grand bénéfice de la

263. C.-A. SHEPPARD, Loc. Cit., note 100, à la page 72.

264. Ibid.

compagnie, ses projets de colonisation. C'est alors qu'une petite colonie s'est développée dans ce territoire, portant le nom de colonie de la rivière Rouge.⁽²⁶⁵⁾ Sous Selkirk, l'administration de la colonie était laissée aux soins d'un gouverneur et d'un conseil constitué de membres unilingues anglophones. Inutile de mentionner que les résolutions du Conseil n'étaient rédigées qu'en anglais et que les délibérations n'y étaient tenues qu'en cette langue.⁽²⁶⁶⁾ Dans le domaine judiciaire également, il semble bien que, comme l'a affirmé Sheppard, le français n'ait eu aucune place.⁽²⁶⁷⁾

Il faut toutefois comprendre qu'à cette époque les deux tiers de la population de la colonie était composée d'anglophones (pour la plupart des Écossais, mais aussi des Anglais). Quant à l'autre tiers, il se composait de Suisses allemands, anciens combattants de la guerre de 1812, et de francophones.⁽²⁶⁸⁾ Cette situation s'est poursuivie jusqu'en 1835, année où la Compagnie de la Baie d'Hudson a récupéré le plein contrôle des territoires concernés.⁽²⁶⁹⁾ Le Conseil a alors été réorganisé de façon à ce qu'y soit

265. Voir Ibid. Voir également Gerald FRIESEN, The Canadian Prairies, Toronto, University of Toronto Press, 1984, à la page 72.

266. Voir C.-A. SHEPPARD, Op. Cit., note 100, à la page 73. Notons toutefois que, comme il l'a affirmé à la même page : « (...) there is evidence that a small measure of respect was given to the French language from the very beginning of the colony. » /le soulignement est de nous/.

267. Voir Id., à la page 74 : « There is no indication of any intention to protect the language rights of the Canadians in the courts. »

268. Voir G. FRIESEN, Op. Cit., note 265, à la page 89 : « In 1821 the population of Red River was about 400, half Scots, one-third Canadians (French), and a few German and Swiss. »

Voir également, en ce sens, Mason WADE, Op. Cit., note 247, à la page 431.

269. Voir C.-A. SHEPPARD, Op. Cit., note 100, à la page 73.

permise une représentation locale. Cette réorganisation coïncidait avec une augmentation fort importante des Métis dans la colonie.⁽²⁷⁰⁾ Nombre de ces Métis ayant été d'expression française, il en a ainsi résulté une augmentation considérable des francophones, si considérable même que ces derniers en sont venus à constituer à peu près la moitié de la colonie.⁽²⁷¹⁾

270. Comme l'a affirmé M. WADE, Op. Cit., note 247, à la page 431 : «Cependant les Métis, tant français qu'anglais, augmentèrent en nombre beaucoup plus rapidement que les Blancs de sang pur (...).»

271. Voir Id., à la page 431 : «Avec les années, les Français (...) vinrent à égaler en nombre les colons écossais et anglais (...).» ; à la page 432 : «Le groupe anglais de la colonie, comprenant le personnel de la Compagnie de la Baie d'Hudson qui contrôlait à la fois le commerce et l'administration, les missionnaires anglicans et quelques colons, était le plus influent. Le groupe de colons écossais était le plus homogène et le groupe canadien-français et métis le plus nombreux.» Voir enfin à la page 435, où Mason WADE raconte que, vers les années 1868-69, «la population était alors d'environ 10 000 personnes, la plupart des Métis et elle était divisée à peu près également entre Français et Anglais.»

Voir, en ce sens, G. FRIESEN, Op. Cit., note 265, à la page 90 :

The European and Canadian population of Red River grew very slowly in the next two decades and reached a total of about 1,000 by the mid-1840s. The Scottish nucleus had been supplemented chiefly by a contingent of English farmers (thirteen families in 1836) and retired English troops with their families (Chelsea pensioners increased the population by 200 in 1848). But the metis population increased so dramatically that by the early 1840s the French-speaking and the English-speaking metis scattered along the banks of the Red and Assiniboine rivers numbered about 6,000, split more or less equally between the two language groups.

Claude-Armand SHEPPARD, Op. Cit., note 100, a affirmé, à la page 75, que : «(...) French-speaking half-breeds far outnumbered the English-speaking white population (...).» Notons toutefois que cette dernière affirmation ne tenait pas compte de la présence des Métis d'expression anglaise, eux aussi nombreux dans le district.

Quant à la Cour suprême du Canada, elle a affirmé dans le Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, précité, note 12, 731 : «(...) la colonie de la Rivière Rouge fut, pendant une bonne partie de ses années d'existence avant la Confédération, habitée dans des proportions à peu près égales par des anglophones et des francophones.»

C'est ce qui explique qu'une certaine mesure de bilinguisme y eut graduellement⁽²⁷²⁾ droit de cité dans l'administration de la justice, la publication des résolutions du Conseil et les délibérations du Conseil, tant

-
272. Claude-Armand SHEPPARD, Op. Cit., note 100, a noté à la page 74, qu'après 1835, le bilinguisme avait gagné du terrain au niveau de la publication des résolutions du Conseil, tant et si bien qu'il avait carrément été rendu obligatoire par la résolution 33 adoptée par le Conseil en date du 19 juin 1845. Un tel bilinguisme, a-t-il fait remarquer, «(...) never became a source of irritation to the Métis population.»

De même, mentionne-t-il à la page 75, retrouve-t-on une première reconnaissance de bilinguisme au niveau judiciaire et au niveau de la constitution même du Conseil, dans le procès-verbal de la séance tenue le 31 mai 1849. Cette reconnaissance était formulée en ces termes :

(...) the Council unanimously concurred in opinion ... that the personal liberty of Mr. Thom must be held equally inviolable with that of very other citizen, and that those attempting any infringement on the same must bear the consequences; that Mr. Thom having, at the commencement of the proceedings, expressed his willingness, in future, to address the Court in both languages, in all cases involving either Canadian or Half-breed interests, such a line of procedure should be hereafter adopted; ... that, with respect to the infusion of Canadians and Half-breed members into the Council, the Council has no direct power in the matter, but will gladly make a recommendation to Committee of the Honble. Hudson's Bay Company on the subject.

Puis, comme il l'a affirmé aux pages 75 et 76 :

After this meeting there was an increase in the French-speaking personnel in the judiciary and on the Council of Assiniboia. The first French-speaking Councillor of Assiniboia was the Rev. Louis Laflèche who was sworn in on Thursday, September 5, 1850. While the French-speaking membership of the Council never equalled the English, the company, from Laflèche's appointment on, ensured that the Canadians and Metis enjoyed substantial representation. For instance, out of 15 petty judges named at the Council meeting of May 1, 1851, five bore French names.

et si bien que le français en était venu à bénéficier d'un respect fort appréciable dans la colonie.⁽²⁷³⁾

Mais, pendant ce temps, le petit monde isolé de la rivière Rouge était peu à peu entraîné dans la vie du continent. On raconte effectivement que, lorsque le projet fédératif a été discuté au Canada-Uni, la colonie de la rivière Rouge est alors devenue le point de mire des principaux promoteurs de l'expansionnisme canadien, ce qui a donné lieu à une véritable lutte entre le Canada et la Compagnie de la Baie d'Hudson pour le contrôle du territoire.⁽²⁷⁴⁾ La lutte s'est terminée par une victoire du Canada et par l'adoption par le Parlement britannique d'une loi permettant l'admission de la Terre de Rupert et des Territoires du Nord-Ouest dans la fédération canadienne nouvellement créée.⁽²⁷⁵⁾ Une loi du Parlement du Canada, votée en juin 1869,

272. (suite)

Mason WADE, Op. Cit., note 247, a ajouté à cela, à la page 435, que durant les quelques années qui ont suivi 1855, les Français et les Anglais étaient représentés au Conseil sur une base de quasi-égalité.

Voir enfin l'arrêt R. c. Mercure, précité, note 12, où, à la page 249, le juge La Forest s'est référé à Claude-Armand SHEPPARD pour affirmer que «/v/ers 1835, le conseil d'Assiniboia a commencé à publier ses résolutions en les lisant à haute voix en français et en anglais»; et où il s'est également référé à Mason WADE pour affirmer que «vers 1855 la représentation locale au conseil était à peu près égale entre les francophones et les anglophones.»

273. Voir C.-A. SHEPPARD, Op. Cit., note 100, à la page 76.

274. Voir M. WADE, Op. Cit., note 247, aux pages 433 et 434.

275. Rupert's Land Act, 1868, 31-2 Vict., c. 105 (31st July 1868). On peut retrouver une version française de cette loi, portant le titre abrégé «Acte de la Terre de Rupert, 1868», dans : Statuts du Canada, 32-33 Vict., 1869, Chap. CV.

sans que la population de la rivière Rouge soit consultée, établit un gouvernement provisoire pour assurer la bonne conduite de la transition entre l'ancienne administration locale et la nouvelle autorité.⁽²⁷⁶⁾ Ce gouvernement était constitué du lieutenant-gouverneur William McDougall, déjà impopulaire dans la colonie à cause de ses sentiments francophobes et anti-catholiques,⁽²⁷⁷⁾ assisté d'un conseil constitué presque exclusivement d'Anglo-Saxons protestants.⁽²⁷⁸⁾

Inutile de mentionner que tous ces changements ont été très mal accueillis par les Métis de la colonie de la rivière Rouge⁽²⁷⁹⁾ qui, chasseurs et trappeurs semi-nomades pour la plupart,⁽²⁸⁰⁾ les percevaient comme un moyen de favoriser le peuplement de l'Ouest par des colons venus de l'Est et, conséquemment, craignaient qu'il n'en résulte un trop important défrichement de leur territoire et, ainsi, un changement de leur mode de vie.⁽²⁸¹⁾ Sans

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

277. Voir Mason WADE, Op. Cit., note 247, aux pages 433, 435 et 436.

278. Voir Id., à la page 435. Mason WADE rapporte qu'il n'y avait qu'un francophone.

279. Voir C.-A. SHEPPARD, Op. Cit., note 100, à la page 76.

280. Voir M. WADE, Op. Cit., note 247, à la page 432.

281. Les craintes des Métis étaient d'autant plus justifiées que McDougall avait déjà prêché dans le journal Le Globe, dans les années 1840 et 1850, en faveur d'une immigration massive dans l'Ouest des colons provenant du Haut-Canada : voir Mason WADE, Op. Cit., note 247, aux pages 433, 436 et 437.

compter que, pour les Métis d'expression française et de religion catholique, s'ajoutait la crainte que ces colons soient massivement anglophones et protestants, constituant ainsi une menace à leur identité linguistique et religieuse.⁽²⁸²⁾ De plus, les Métis, étaient fâchés du fait qu'ils n'avaient pas été appelés à participer aux négociations ayant entouré le transfert de leur territoire, de la Compagnie de la Baie d'Hudson au Canada,⁽²⁸³⁾ ainsi que du fait qu'ils n'avaient pas été consultés au sujet de la création et de la constitution du gouvernement provisoire.⁽²⁸⁴⁾

Ces craintes et frustrations des Métis ont fini par se manifester sous la forme d'une véritable rébellion.⁽²⁸⁵⁾ C'est alors que Louis Riel a lancé un appel à l'union des diverses paroisses de la colonie pour faire front commun contre la menace canadienne, et a amené les Métis à créer leur propre gouvernement provisoire, le 16 novembre 1869.⁽²⁸⁶⁾ Ce gouvernement provisoire, constitué de douze Métis d'expression française et de douze Métis

282. Voir C.-A. SHEPPARD, Op. Cit., note 100, à la page 76.

283. Voir Ibid.

Voir également M. WADE, Op. Cit., note 247, aux pages 435 et 436.

284. Voir C.-A. SHEPPARD, Ibid.

Comme l'a affirmé M. WADE, Id., à la page 435, le Conseil instauré sous le gouvernement provisoire, parce qu'il ne laissait pas une place à la représentation locale, constituait dans les faits un recul par rapport aux Conseils précédents. On comprend donc aisément que les Métis s'en soient inquiétés.

285. Voir G. FRIESEN, Op. Cit., note 265, à la page 120.

286. Voir Id., à la page 121.

d'expression anglaise, refusait de reconnaître l'autorité du Canada sur le territoire et se déclarait «the only and lawful Authority now in existence in Rupert's Land and the Northwest, which claims the obedience and respect of the people (...)».(287)

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

10. «That the English and French languages be common in the Legislature and Courts, and that all public documents and Acts of the Legislature be published in both languages.»
11. «That the Judge of the Supreme Court speak the English and French languages.»
14. That all privileges, customs, and usages existing at the time of the transfer, be respected.»(288)

287. Voir C.-A. SHEPPARD, Op. Cit., note 100, à la page 77.

Voir également Hartwell BOWSFIELD, Louis Riel, Rebel of the Western Frontier or Victim of Politics and Prejudice?, Issues in Canadian History, Toronto, The Copp Clark Publishing Company, 1969, à la page 55.

288. Voir H. BOWSFIELD, Id., aux pages 56 et 57.

Notons d'ailleurs que, comme l'a affirmé BOWSFIELD à la page 56, la liste des droits contenait la mention suivante : «All the above articles have been severally discussed and adopted by the French and English Representatives without a dissenting voice, as the conditions upon which the people of Rupert's Land enter into confederation.»

Cette séance du 1er décembre 1869 devait toutefois être la dernière. En effet, les Métis francophones et anglophones s'étaient divisés sur la question controversée de l'entrée de McDougall dans la colonie. Cette division avait été telle qu'elle avait entraîné la dissolution du gouvernement provisoire en question.⁽²⁸⁹⁾

Mais Riel n'avait rien perdu de ce désir qu'il avait toujours eu d'unir les Métis francophones et anglophones, et avait continué de faire d'importants efforts en ce sens.⁽²⁹⁰⁾ Le projet de Riel s'est réalisé le 25 janvier 1870, alors qu'a été tenue la première séance d'une nouvelle assemblée constituée de vingt Métis anglophones et de vingt Métis francophones. Dès le 27 janvier 1870, l'Assemblée a créé un comité ayant pour mandat d'établir une liste des droits que les Métis considéraient comme étant essentiels à l'établissement de tout gouvernement sur leur territoire. Cette liste, dans sa rédaction finale adoptée par l'Assemblée à la fin du mois de février 1870, contenait notamment une clause prévoyant que «the French and English languages (...) be common in the local legislature and courts.»⁽²⁹¹⁾ Un peu plus tard, l'assemblée a nommé une délégation de trois hommes pour se rendre à Ottawa afin de parvenir à une entente entre les Métis et le Canada «on the terms for a peaceful entry of the country into the Dominion.»⁽²⁹²⁾

289. Voir G. FRIESEN, Op. Cit., note 265, à la page 122.

Voir également H. BOWSFIELD, Op. Cit., note 287, aux pages 56 et 57.

290. Voir Arthur S. MORTON, A History of The Canadian West to 1870-71, 2e édition, Toronto, University of Toronto Press, 1973, à la page 897.

291. Id., à la page 903.

292. Voir Ibid.

Ces négociations se sont conclues par l'inclusion de plusieurs des droits revendiqués par les Métis, dans ce qui allait devenir la loi constitutive de la nouvelle province du Manitoba : La Loi de 1870 sur le Manitoba.⁽²⁹³⁾ Parmi ces droits, notons bien sûr ceux inscrits dans la clause 10 de la liste des droits du 1er décembre 1869. Il appert en effet que cette clause avait été, comme l'a affirmé la Cour suprême du Canada, remaniée par les conseillers juridiques de Sa Majesté à Ottawa, pour finalement devenir l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba.⁽²⁹⁴⁾

293. 1870, 33 Vict., c. 3 (Canada). À l'origine, cette loi portait le nom suivant : Acte pour amender et continuer l'acte trente-deux et trente-trois Victoria, chapitre trois, et pour établir et constituer le gouvernement de la province de Manitoba. En 1982, lors du rapatriement de la constitution, ce nom a été actualisé pour devenir désormais la Loi de 1870 sur le Manitoba.

Notons simplement que la Terre de Rupert a été admise dans la fédération canadienne le 23 juin 1870 par arrêté en conseil impérial adopté en vertu de l'article 146 de la Loi constitutionnelle de 1867 : Arrêté en conseil de Sa Majesté admettant la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest; maintenant appelé Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest (voir S.R.C. 1970, app. II, n° 9).

La Loi de 1870 sur le Manitoba, qui a créé cette dernière province à partir de la Terre de Rupert, était une loi fédérale. Elle a reçu la sanction royale le 12 mai 1870 et est entrée en vigueur le 15 juillet 1870. Elle a été ratifiée rétroactivement par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1871, 34-35 Vict., c. 28 (R.U.), maintenant devenu la Loi constitutionnelle de 1871. On peut retrouver un bref exposé des motifs ayant amené cette ratification dans l'arrêt R. c. Mercure, précité, note 12, 249 et 250.

294. Parlant des clauses 10 et 11 de la liste des droits du 1er décembre 1869, la Cour suprême du Canada a affirmé, dans le Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, précité, note 12, 731 et 732 :

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

Il nous semble toutefois plus exact d'affirmer, à l'instar de Claude-Armand SHEPPARD, Op. Cit., note 100, à la page 77, que seule la clause 10 a été incorporée dans la Loi de 1870 sur le Manitoba.

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

Despite (...) considerable failures, the demands of the colony had been heard and an agreement quite unlike the federal government's original intentions had been won. Even with the considerable omissions, (...), it was an acceptable deal. The results were greeted with relief in Red River and accepted without dissent by the provisional government.⁽²⁹⁵⁾

Nous remarquons donc que le but poursuivi par l'édiction de l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba était d'apaiser les craintes des Métis (surtout les Métis francophones), afin de gagner leur adhésion au fédéralisme canadien. Nous remarquons également que le mécanisme par lequel ce but a été atteint était la reconnaissance de l'égalité des langues française et anglaise dans certaines activités législatives et judiciaires dans la province.⁽²⁹⁶⁾

295. G. FRIESEN, Op. Cit., note 265, à la page 126.

296. Voir la décision de la Cour suprême du Canada dans le Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, précité, note 12, 739 :

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

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

La tentation est grande dès lors d'établir un parallèle entre la protection accordée par l'article 23 aux francophones du Manitoba et celle accordée par l'article 133 aux anglophones du Québec. Nous avons déjà vu, en effet, que le but de l'édiction de l'aspect québécois de l'article 133 était de protéger la minorité anglophone de la domination de la majorité francophone de la province de Québec. Or, il appert que, bien que les francophones constituaient encore près de la moitié de la population de la colonie de la rivière Rouge vers 1870,⁽²⁹⁷⁾ les craintes qu'ils avaient déjà exprimées quant à la survie de leur langue une fois la colonie intégrée au fédéralisme canadien se sont avérées prophétiques, puisqu'ils ne sont devenus qu'une petite minorité dès les premières années qui ont suivi.⁽²⁹⁸⁾ En cela, nous pouvons donc affirmer que non seulement l'article 23 ressemble à l'article 133 dans son libellé même, mais qu'il le rejoint également dans son esprit.⁽²⁹⁹⁾

297. Comme devait l'affirmer J. E. MAGNET dans The Charter's Official Languages Provisions : The Implications of Entrenched Bilingualism, (1982), 4 Supreme Court L. R. 163, à la page 165 : «(...) in 1870, when Manitoba joined Confederation, a slight majority of the Manitoban population was French (...)».

298. C.-A. SHEPPARD, Op. Cit., note 100, a affirmé à la page 79, que :

After the establishment of the province, there was a large influx of English-speaking elements from eastern Canada, the United States, and the British Isles. The French were reduced to a weak minority; according to the census of Canada of 1881 they comprised a population of only 9,688 out of a total provincial population of 62,260, of which 37,155 were of British origin.

299. Voir l'arrêt Forest c. A. G. of Manitoba and A. G. of Canada, précité, note 254 où, à la page 238, le juge Freedman a déclaré, au sujet de son affirmation à l'effet que l'article 23 ne constituait qu'une reproduction *mutatis mutandis* de l'article 133, que :

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

En conséquence, il nous semble que, à l'instar de ce qui a été dit au sujet de l'article 133, le fait de permettre à la législature du Manitoba de modifier unilatéralement l'article 23 serait allé à l'encontre de cette intention de protéger le groupe francophone, qui était à l'origine de son édicition même. C'est donc avec raison, selon nous, que la Cour suprême a affirmé, dans le Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, que le fait d'avoir permis une modification unilatérale des articles 133 et 23, aurait fait en sorte que « (...) ces garanties (...) /auraient été/ vides de sens et ... /que/ ... leur enchâssement /aurait été/ futile. »⁽³⁰⁰⁾

300. Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, précité, note 12, 739.

Section II

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

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

Mais s'il était impossible de modifier l'article 23 sans faire appel au Parlement britannique, il était toutefois loisible à la législature manitobaine d'ajouter, par simple voie législative, au régime de bilinguisme instauré par cet article, dans la mesure où elle respectait sa sphère législative. En effet, se basant justement sur la similitude qui existait entre le texte de l'article 23 et celui de l'article 133, les tribunaux n'ont eu aucune hésitation à ne donner à l'article 23 que la même portée minimale que celle qu'ils avaient donné à l'article 133.⁽³⁰¹⁾

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

301. Voir, par exemple, le Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, précité, note 12, 743 et 744 : «Vu la similitude de ces dispositions, la portée de l'art. 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba doit correspondre à celle de l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867.»

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

Chapitre II

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

L'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba découle, avons-nous vu, de la même motivation que celle qui a amené l'édiction de l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 : protéger l'un des groupes fondateurs de l'empiétement et de la domination de l'autre. De ce fait, l'article 23 se devait d'échapper, à l'instar de ce qui était le cas pour l'article 133, au pouvoir unilatéral de modification conféré à la législature manitobaine par l'article 92 (1) de la Loi constitutionnelle de 1867. Mais, de même, on remarque qu'il échappe encore au pouvoir unilatéral de modification conféré par l'article 45 de la Loi constitutionnelle de 1982. Il ne semble en effet faire aucun doute que l'article 23 transcende le seul intérêt du Manitoba et ne saurait être considéré comme étant une disposition de la constitution de cette province, au sens de l'article 45.⁽³⁰²⁾ En ce cas, l'article 23, à l'instar de l'article 133, transcenderait-il le seul intérêt de la province à un point tel qu'il ne saurait être modifié autrement qu'en vertu de l'article 41 c) de la Loi constitutionnelle de 1982?

302. Même Henri BRUN et Guy TREMBLAY, en faisant échapper l'article 23 à la portée de l'article 45, pour le faire plutôt tomber sous celle de l'article 43 b), se sont ainsi trouvés à reconnaître, indirectement, si l'on suit leur raisonnement, que l'article 43 échappait au seul intérêt du Manitoba : voir Op. Cit., note 1, aux pages 366 et 367.

Il nous semble que la réponse doit être positive. En effet, nous avons vu que les francophones de la colonie de la rivière Rouge «(...) avaient été habitués à recevoir dans leur propre langue maints services gouvernementaux de la part du conseil d'Assiniboia, qui exerçait les fonctions gouvernementales dans la région, (...) et de la part des tribunaux.»⁽³⁰³⁾ Nous avons vu également que c'est ce bilinguisme qui a été plus tard incorporé dans la loi constitutive du Manitoba.⁽³⁰⁴⁾ Nous avons vu enfin que cette incorporation avait été demandée par les Métis eux-mêmes, qui la considéraient comme étant une condition essentielle à l'adhésion de leur territoire au fédéralisme canadien. Il nous semble donc possible d'affirmer que l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba a été un fondement essentiel de la création du Manitoba et de l'adhésion de cette province au lien fédéral canadien, exactement comme l'article 133 l'avait été pour le Québec quelques années auparavant. C'est d'ailleurs ainsi que l'a compris le juge Freedman qui, dans l'affaire Forest, a affirmé, au nom de la Cour d'appel du Manitoba :

The constitutionality of the Official Language Act must rest on the thesis that the provisions of s. 23 of the Manitoba Act can be amended by a unilateral act of the legislature of Manitoba. In my view, that thesis is untenable. For the Manitoba Act is not only a statute constituting the province of Manitoba; it is also a statute constituting the union of Manitoba and Canada, and

303. Voir l'opinion du juge La Forest, au nom des juges majoritaires, dans l'arrêt R. c. Mercure, précité, note 12, à la page 249.

304. Claude-Armand SHEPPARD, Op. Cit., note 100, a parlé, à la page 74, d'un «(...) evolving bilingualism, due to the exigencies of communicating with the sizable French half-breed population.» Il a également ajouté : «This bilingualism was later incorporated into the Constitution of the province of Manitoba.»

its constitutional provisions affect not only Manitoba but also the union. Section 23 cannot be amended unilaterally by Manitoba any more than other sections relating to the constitution of the union, such as ss. 91 and 92, dealing with the distribution of powers under the B.N.A. Act. (305)

Or, c'est justement parce que l'article 23 est, à l'instar de l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867, intimement lié à l'union fédérale canadienne, que nous croyons qu'il ne saurait être considéré comme étant une disposition «applicable au Manitoba seulement», au sens de l'article 43 b) de la Loi constitutionnelle de 1982, mais qu'il doit plutôt être considéré, dans sa nature véritable, comme intéressant l'ensemble du Canada et tomber, de ce fait, sous la portée de l'article 41 c). En d'autres termes, nous croyons que, pour les mêmes raisons que celles qui ont été invoquées dans le cas de l'article 133, -- soit parce qu'il s'agit là de dispositions faisant partie des fondements et conditions essentiels de l'adhésion d'une province à l'union fédérale, -- l'article 23 ne saurait être modifié que par tous les partenaires du compromis fédératif. Notons d'ailleurs qu'exiger ainsi l'unanimité pour la modification de l'article 23 est conforme aux suggestions qui avaient été faites lors des travaux de l'un des sous-comités du «comité permanent des questions constitutionnelles» de la Conférence fédérale-provinciale de 1935. (306)

305. Forest c. A. G. of Manitoba and A. G. of Canada, précité, note 254, aux pages 244 et 245.

306. Comme nous l'avons déjà vu, supra, page 111, le sous-comité avait assimilé à l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 les «dispositions correspondantes de l'Acte du Manitoba de 1870 (emploi des langues anglaise et française)», et avait suggéré l'unanimité pour la modification de toutes ces dispositions.

Tout en admettant que l'article 23 fait partie des «conditions de l'union fédérative»,⁽³⁰⁷⁾ Henri Brun et Guy Tremblay sont cependant arrivés à la conclusion qu'il doit être modifié en vertu de l'article 43 b) de la Loi constitutionnelle de 1982,⁽³⁰⁸⁾ par le raisonnement dont nous avons déjà discuté. Ce raisonnement nous semble pécher toutefois, rappelons-le, par le fait qu'il tient pour acquis que les dispositions qui échappent, dans leur esprit même, au seul intérêt d'une province doivent automatiquement être considérées comme «applicables à cette province seulement», au sens de l'article 43 b); sans même chercher à savoir si elles ne dépasseraient pas en fait tellement l'intérêt de la province concernée, qu'elles devraient plutôt être considérées comme intéressant, dans leur nature véritable, l'ensemble du Canada.

Nous nous devons toutefois de souligner que l'on retrouve, dans l'arrêt Mercure, quelques commentaires qui peuvent prêter à confusion et qui risquent ainsi d'être interprétés par certains comme donnant crédit à l'opinion de Brun et Tremblay selon laquelle l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba doit être modifié en vertu de l'article 43 de la Loi constitutionnelle de 1982. En effet, les juges majoritaires ont affirmé, sous la plume du juge La Forest :

307. C'est du moins ce qui ressort d'une lecture corrélatrice de la page 356, où ils affirment que les dispositions qui sont des conditions de l'union fédérative doivent échapper à l'article 45 de la Loi constitutionnelle de 1982, et de la page 366, où ils affirment clairement que l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba doit être modifié en vertu de l'article 43 de la Loi constitutionnelle de 1982. Voir H. BRUN et G. TREMBLAY, Op. Cit., note 1.

308. Voir Id., à la page 366 et à la page 571.

Voir également, P. W. HOGG, Op. Cit., note 77, aux pages 95, 96 et 97.

Dans le Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, la Cour, en recourant aux principes de la primauté du droit et de la validité *de facto*, a trouvé le moyen de maintenir les lois existantes temporairement en vigueur jusqu'à l'expiration du délai minimum requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier en français. Ces questions sont expliquées en détail dans ce renvoi et il ne m'est pas nécessaire de les aborder si ce n'est pour dire que, d'une manière générale, la règle énoncée dans ce renvoi s'appliquerait à l'espèce. L'adoption de la procédure exigée dans le cas du Manitoba aurait, évidemment, pour effet de remédier à la situation en Saskatchewan. En l'espèce toutefois, il y a cette différence importante que l'art. 110, contrairement à l'art. 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba, n'est pas enchâssé dans la Constitution, de manière que la nouvelle adoption, l'impression et la publication de toutes les lois provinciales ou le recours à l'art. 43 de la Loi constitutionnelle de 1982 ne constituent pas les seules solutions possibles. L'Assemblée législative a le pouvoir de modifier sa constitution par voie législative ordinaire (...).

/Le soulignement est de nous/

Certains seront donc sans doute tentés d'interpréter ces propos de la Cour suprême comme reconnaissant l'applicabilité de l'article 43 de la Loi constitutionnelle de 1982 au cas de l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba. Or, il n'en est rien, selon nous. Nous croyons en effet que ces commentaires ne visaient qu'à reconnaître l'applicabilité de l'article 43 au cas de l'article 110 de l'Acte des territoires du Nord-Ouest. N'oublions pas effectivement qu'ils s'inscrivaient dans le cadre d'une réponse, par la Cour, à l'argument développé par l'appelant selon lequel l'article 110 ne pouvait être abrogé que par une modification apportée en vertu de l'article 43 de la Loi constitutionnelle de 1982.⁽³⁰⁹⁾ Nous comprenons donc des propos que le

309. R. c. Mercure, précité, note 12, à la page 280.

310. Voir Id., à la page 270.

juge La Forest a tenu qu'il a tout simplement voulu répondre à cet argument que l'article 43 était certes un recours possible pour la modification de l'article 110 de l'Acte des territoires du Nord-Ouest, mais qu'il n'était toutefois pas le seul recours qui puisse être envisagé. Ce serait donc dans ce contexte qu'il s'est référé à l'expérience manitobaine, et plus particulièrement au Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, pour affirmer qu'il était également possible de procéder par le biais d'une nouvelle adoption, impression et publication de toutes les lois de la province. Enfin, ce serait également dans ce contexte que le juge La Forest a rappelé que, contrairement à l'article 23 qui était une disposition enchâssée, l'article 110, pour sa part, ne l'était pas et pouvait, en conséquence, être également modifié par une voie législative ordinaire.

D'ailleurs, rien n'aurait autorisé la Cour suprême à conclure du Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, ni non plus de l'un quelconque de ses autres arrêts, que l'article 23 pouvait être modifié en vertu de l'article 43 b) de la Loi constitutionnelle de 1982. Il appert en effet que, aucun arrêt de cette cour n'ayant soutenu cette position jusqu'à maintenant, pareille affirmation, avancée sans motifs à l'appui, aurait semblé gratuite et n'aurait eu de toute façon que la portée d'un simple *obiter dictum*.

Nous sommes donc d'opinion que, parce que les Métis ont fait du maintien et de la constitutionnalisation de l'égalité qui existait déjà depuis longtemps entre les langues française et anglaise dans leur territoire, une condition *sine qua non* de la création de la province du Manitoba, l'article 23

de la Loi de 1870 sur le Manitoba, par lequel cette égalité a justement été maintenue et constitutionnalisée,⁽³¹¹⁾ doit être considéré comme étant une condition fondamentale de notre fédéralisme et ne doit, de ce fait, être modifié qu'en vertu de l'article 41 c) de la Loi constitutionnelle de 1982.

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

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

311. Voir le Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, précité, note 12, à la page 739 : «(...) l'objet de l'art. 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba (...) qui est d'assurer aux francophones et aux anglophones l'accès égal aux corps législatifs, aux lois et aux tribunaux.»

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

Titre III

Les modalités de la modification des articles 16 à 20 de la Loi constitutionnelle de 1982

Les articles 16 à 20 de la Loi constitutionnelle de 1982 ont pour effet d'enchâsser la notion de deux langues officielles pour le Canada et pour le Nouveau-Brunswick, comme devait le faire remarquer le juge Dickson dans l'arrêt Société des Acadiens.⁽³¹²⁾ Ils assurent la protection des droits linguistiques dans un bon nombre d'institutions publiques telles que les corps législatifs, les tribunaux et les bureaux du gouvernement.

Il s'agit donc maintenant pour nous de déterminer de quelle façon ces dispositions constitutionnelles pourront être modifiées. À cette fin, nous serons bien sûr appelé à identifier l'objet qu'elles visent. Toutefois, comme l'a également affirmé le juge Dickson dans l'arrêt Société des Acadiens :

Dans le contexte linguistique, pour tenir vraiment compte de l'objet visé, il importe de prendre en considération les dispositions constitutionnelles antérieures aux garanties linguistiques de la Charte, les valeurs fondamentales véhiculées par ces garanties et l'objet de

312. Voir l'arrêt Société des Acadiens c. Association of Parents, précité, note 3, à la page 564 : «Les articles 16 à 22 de la Charte ont pour effet d'enchâsser la notion de deux langues officielles pour le Canada.»

Voir également, à la page 565 : «En adoptant ces garanties constitutionnelles spéciales dans la Charte, le gouvernement fédéral et le gouvernement du Nouveau-Brunswick ont démontré leur engagement à réaliser le bilinguisme officiel dans leurs ressorts respectifs.»

ces dernières, les termes choisis pour énoncer les droits en question, la nature de la Charte et ses objets généraux, ainsi que l'objet et le sens d'autres libertés et droits pertinents garantis par la Charte.⁽³¹³⁾

Nous serons donc non seulement amené à déterminer la nature même de tout le régime linguistique instauré par la Charte canadienne des droits et libertés, mais à revoir également les dispositions constitutionnelles antérieures à ces garanties. Ce rappel prendra d'ailleurs la forme d'une rétrospective historique des propositions de réforme constitutionnelle depuis 1967, année où la première impulsion a été donnée à la révision de notre constitution.⁽³¹⁴⁾

Mais alors que nous tenterons de déterminer quelle formule de modification devra être appliquée aux articles 16 à 20 en question, il ne faudra pas oublier, dans le cas du Nouveau-Brunswick plus particulièrement, le rôle capital qu'a joué depuis quelques années, et qu'est encore appelée à jouer, la dualité linguistique dans le développement socio-culturel de cette province.⁽³¹⁵⁾ Ceci nous amènera, bien sûr, à revoir les différentes étapes de l'instauration du bilinguisme au Nouveau-Brunswick, jusqu'à ce que l'on peut en considérer le point culminant : la Loi constitutionnelle de 1982.

313. Voir Id., à la page 560.

314. Voir La Révision constitutionnelle 1968-1971, Rapport du secrétaire, Secrétariat des Conférences intergouvernementales canadiennes, Ottawa, Information Canada, 1974, à la page 3.

315. Voir l'opinion du juge Wilson dans l'arrêt Société des Acadiens c. Association of Parents, précité, note 1, à la page 645 :

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

Chapitre I

L'historique législatif de la Loi constitutionnelle de 1982.

La Loi constitutionnelle de 1982 est le fruit de plusieurs années de discussions intensives tenues par le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux en vue d'une révision de la Constitution du Canada. On peut d'ailleurs affirmer que la première impulsion donnée à tout ce processus remonte à la Conférence fédérale-provinciale qui a été tenue du 5 au 7 février 1968.

Lorsque cette conférence avait été convoquée par le premier ministre Lester B. Pearson, le gouvernement fédéral s'était donné pour objectif d'enchâsser dans la Constitution une déclaration des droits fondamentaux ne comportant que quelques garanties en matière linguistique. Mais deux événements postérieurs à cette convocation avaient contribué à étendre l'étude des droits linguistiques devant être inscrits dans la déclaration en question. Le premier de ces événements avait été la remise au gouvernement fédéral du rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme. Les recommandations contenues dans ce rapport, et notamment celles contenues dans son livre I intitulé Les langues officielles avaient en effet été très bien accueillies par les autorités fédérales. Le second événement avait été la tenue à Toronto d'une conférence interprovinciale, la Conférence sur la Confédération de demain, où la question du rôle des langues française et anglaise au Canada était apparue en filigrane tout au long des débats, et où plusieurs premiers ministres provinciaux en avaient profité pour faire connaître les mesures prises dans leurs provinces respectives en vue

d'améliorer le statut de la langue française. On comprend aisément, dès lors, pourquoi le premier ministre canadien a suggéré, peu de temps après la clôture de la Conférence de Toronto, que l'étude des recommandations du rapport sur le bilinguisme et le biculturalisme soit inscrite à l'ordre du jour de la Conférence de février 1968 comme premier sujet de fond devant être discuté.

Effectivement, une grande partie de cette conférence a été consacrée à la question des langues. Non seulement les premiers ministres en ont-ils profité pour aborder ce sujet dans leurs discours d'ouverture, mais ils ont même tenu un débat général sur la question. Ce débat a donné lieu à l'obtention d'un «Accord unanime sur les droits linguistiques» portant sur les trois points suivants :

1. La Conférence reconnaît qu'ainsi que le propose la Commission royale sur le bilinguisme et le biculturalisme, et en toute justice, les Canadiens francophones n'habitant pas le Québec doivent jouir des mêmes droits que les Canadiens anglophones du Québec.
2. Il est reconnu que, conformément aux vœux exprimés par la Commission royale sur le bilinguisme et le biculturalisme, il y a intérêt à ce que les gouvernements interviennent aussi rapidement que possible, en adaptant leur action à la situation de chaque province et sans préjudice des droits actuellement reconnus par la loi ou l'usage.
3. L'établissement d'un comité spécial chargé d'étudier le rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme et les vues exprimées à la Conférence au sujet du contenu de ce rapport, ainsi que les autres questions relatives aux droits linguistiques et à la reconnaissance pratique de ces droits, et chargé également de déterminer des modalités d'application, y compris la nature du concours fédéral envisagé, et la forme et les techniques de la modification constitutionnelle.

Bien que cet accord témoigne d'un heureux consensus sur la question des droits linguistiques, remarquons toutefois qu'il ne contient aucun engagement de la part des provinces à inclure une déclaration de droits fondamentaux dans la Constitution du Canada, décevant ainsi le fédéral dont l'intention était justement que la révision constitutionnelle débute par l'enchâssement d'une telle déclaration. En tout état de cause, Monsieur Pearson a pu néanmoins se rassurer à l'idée que la révision constitutionnelle était solidement engagée du fait que, outre l'accord en question, les premiers ministres avaient convenu que soit créée une Conférence constitutionnelle permanente qui devait étudier sept grandes questions constitutionnelles parmi lesquelles figurait, bien sûr, celle des langues officielles. Ainsi cette dernière question a-t-elle été discutée lors des séances qui ont été tenues en février, juin et décembre 1969, ainsi qu'en septembre 1970 et en février 1971.

La réunion de février 1971 retient d'ailleurs particulièrement notre attention en ce qu'elle a permis à la question des droits linguistiques de faire des progrès majeurs. Cette réunion, convoquée par le successeur de Pearson à la fonction de premier ministre du Canada, Pierre Elliot Trudeau, visait l'obtention d'une entente entre les premiers ministres sur un ensemble limité de réformes constitutionnelles comportant notamment les éléments suivants : le rapatriement et les formules de modification de la Constitution, et l'enchâssement des droits fondamentaux (y compris les droits linguistiques). Dès la première séance de travail, le 8 février 1971, les premiers ministres sont parvenus à un accord de principe sur le rapatriement et les formules de modification,⁽³¹⁶⁾ la question de l'enchâssement des droits fondamentaux demeurant toutefois en suspens.

316. Pour le texte de ces procédures de modification, voir Op. Cit., note 314, aux pages 376 et 377.

La formule générale et résiduaire (art. I), baptisée formule «Trudeau-Turner» du nom du premier ministre et de son ministre de la Justice, prévoyait que les modifications à la Constitution du Canada devraient être faites avec l'accord du Parlement canadien et des assemblées législatives d'une majorité de provinces comprenant : a) toute province comptant en 1971 ou plus tard au moins vingt-cinq pour cent de la population du Canada, b) les assemblées législatives d'au moins deux provinces de l'ouest comptant pour au moins cinquante pour cent de la population de l'ouest et c) deux provinces de l'Atlantique. En vertu d'une autre formule (art. II), le fédéral et les provinces conservaient le pouvoir de modifier à leur guise leur propre constitution respective, sous réserve toutefois de cinq sujets devant faire l'objet de la formule générale en question :

- a) Les fonctions de la Reine, du Gouverneur général et des lieutenants-gouverneurs;
- b) la nécessité de tenir des sessions annuelles;
- c) la période maximum entre les élections;
- d) le principe de représentation proportionnelle et minimum des députés des provinces à la Chambre des communes;
- e) le nombre des sénateurs et les qualités requises quant à la résidence des sénateurs représentant chaque province, ainsi que les pouvoirs du Sénat.

Enfin, une troisième formule (art. III) prévoyait que les modifications intéressant le Canada et une ou plusieurs, mais non pas toutes les provinces, devraient être faites avec l'accord du fédéral et des provinces impliquées.

Au chapitre des droits linguistiques,⁽³¹⁷⁾ les premiers ministres avaient convenu d'incorporer dans la Constitution des dispositions conférant le droit de s'exprimer en anglais ou en français dans les débats du Parlement, dans tout plaidoyer ou toute procédure devant les tribunaux fédéraux, de même que dans les communications avec l'administration fédérale. On prévoyait également que toutes les lois et autres documents officiels du gouvernement fédéral devaient être rédigés dans les deux langues. Enfin, on permettait au Parlement ou aux législatures de reconnaître les deux langues officielles d'une façon plus extensive que celle qui était proposée.

Afin de parvenir au rapatriement de la Constitution aussi rapidement que possible, les premiers ministres ont décidé de confier au ministre de la Justice du Canada le soin de rédiger un projet de texte englobant les réformes proposées, projet devant par la suite être soumis aux provinces afin qu'elles en étudient toutes les implications, juridiques et autres. Lorsqu'un tel projet fut effectivement soumis par le ministre fédéral de la Justice, Monsieur Turner, il prit alors la forme d'une Charte de droits et libertés susceptibles d'être enchâssée dans la Constitution, et porta le nom de «Charte constitutionnelle canadienne». C'est cette Charte qui a servi de base aux discussions des premiers ministres réunis dans le cadre d'une Conférence fédérale-provinciale à Victoria, les 14, 15 et 16 juin 1971, et qui est devenue, après avoir été révisée et modifiée, la «Charte constitutionnelle canadienne, 1971». Cette dernière charte est d'ailleurs communément appelée : «Charte de Victoria».

317. Pour le texte des droits linguistiques proposés par la réunion de février 1971, voir Op. Cit., note 314, aux pages 378 et 379.

La Charte de Victoria était divisée en dix parties. Les droits linguistiques formaient la seconde partie et étaient élaborés en une dizaine d'articles.⁽³¹⁸⁾ Le français et l'anglais étaient reconnus langues officielles au Canada. De plus, on reconnaissait le droit de participer dans ces deux langues aux débats du Parlement du Canada et des législatures de l'Ontario, du Québec, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba, de l'Île du Prince-Édouard et de Terre-Neuve. Il en était de même pour le droit de s'exprimer dans les deux langues officielles dans les procédures de la Cour suprême, des cours fédérales et des cours du Québec, du Nouveau-Brunswick et de Terre-Neuve. Enfin, on accordait aussi le droit d'utiliser les deux langues dans les communications avec le gouvernement de l'Ontario, du Québec, du Nouveau-Brunswick, de l'Île du Prince-Édouard et de Terre-Neuve.

Quant aux procédures de modification constitutionnelle, elles faisaient l'objet de la neuvième partie de la Charte.⁽³¹⁹⁾ Contentons-nous de souligner que la formule clé, inscrite à l'article 49, reprenait fidèlement les dispositions de la formule «Trudeau-Turner» dont nous avons déjà parlé. Une autre procédure, inscrite à l'article 50, prévoyait spécifiquement que les dispositions qui n'étaient applicables qu'à une ou à plusieurs provinces, mais non à toutes, devaient être modifiées avec l'approbation du Sénat, de la Chambre des communes, et de l'assemblée législative de chaque province à laquelle cette modification s'appliquait. De plus, encore une fois, le fédéral et les provinces conservaient le pouvoir exclusif de modifier leur constitution interne (art. 53 et art. 54,

318. On retrouve le texte de ces dispositions dans Propositions constitutionnelles 1971-1978, Ottawa, Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes, 1978, aux pages 91 à 93.

319. Pour le texte, voir Id., aux pages 381 à 383.

respectivement), sous réserve toutefois des sujets mentionnés à l'article 55, lesquels devaient faire l'objet de la procédure de l'article 49. L'article 55 reprenait, en les reformulant, les cinq sujets qui, en février 1971, avaient été expressément soustraits aux pouvoirs exclusifs de modification du fédéral et des provinces, mais, en plus, ajoutait à ces sujets celui des droits linguistiques. Cet article se lisait comme suit :

Nonobstant les articles 53 et 54, il faut suivre la procédure prescrite par l'article 49 pour modifier les dispositions relatives aux sujets suivants :

- 1) l'office de la Reine, celui du Gouverneur général et celui de Lieutenant-Gouverneur;
- 2) les prescriptions de la Constitution du Canada portant sur la nécessité d'une session annuelle du Parlement du Canada et des Législatures;
- 3) la période maximum fixée par la Constitution du Canada pour la durée de la Chambre des communes et des Assemblées législatives;
- 4) les pouvoirs du Sénat;
- 5) le nombre des membres par qui une Province a le droit d'être représentée au Sénat ainsi que les qualifications des sénateurs quant à la résidence;
- 6) le droit d'une Province d'être représentée à la Chambre des communes par des députés dont le nombre est au moins aussi grand que celui des sénateurs de cette Province;
- 7) les principes de représentation proportionnelle des Provinces à la Chambre des communes que prescrit la Constitution du Canada;
- 8) les dispositions de cette Charte relatives à l'usage du français et de l'anglais, sous réserve néanmoins de l'Article 16.

Quant à l'article 16, auquel il était fait référence dans le 8^e paragraphe de l'article 55, il disposait que :

L'Assemblée législative d'une Province peut décréter par résolution que toute partie des dispositions des articles 13, 14 et 15 qui ne s'adresse pas expressément à cette Province s'applique à l'Assemblée législative ainsi qu'à toute cour provinciale ou à tout ministère ou organisme du Gouvernement de cette Province dans la mesure prévue dans cette résolution, après quoi ces dispositions s'appliquent en tout ou en partie, selon le cas, à l'Assemblée législative de cette Province ainsi qu'aux cours et aux sièges principaux des ministères mentionnés dans cette résolution et selon ce qu'elle dit. Cependant, les droits conférés sous le régime du présent article ne peuvent plus être supprimés ni restreints par la suite sauf en conformité de la procédure prescrite par l'article 50.

Bien que la Charte de Victoria ait été le fruit d'un consensus entre tous les premiers ministres fédéral et provinciaux, on comprendra toutefois qu'elle ait été considérée d'une telle importance pour eux, qu'ils ont tenu à se réserver le privilège de la soumettre à leurs gouvernements respectifs pour plus ample examen. Ils ont convenu également que si leurs gouvernements acceptaient le document tel quel,⁽³²⁰⁾ ils devraient alors le remettre à leur assemblée législative pour approbation. Seule une approbation unanime de la Charte, ont-ils enfin convenu, aurait permis que soient prises les mesures nécessaires pour rapatrier la Constitution et donner force de loi aux dispositions de la Charte en question.⁽³²¹⁾

Dans les faits, tous les gouvernements, sauf ceux du Québec et de la Saskatchewan, ont accepté la Charte. Le Gouvernement québécois s'était, quant à lui, refusé à recommander la Charte auprès de l'Assemblée nationale, pour le

320. Comme le souligne Gérard-A. BEAUDOIN, Op. Cit., note 44, à la page 456, la Charte de 1971 avait été soumise sous forme de «package deal».

321. Voir G. RÉMILLARD, Loc. Cit., note 38, à la page 54 : «(...) il faudra l'unanimité pour procéder.»

motif avoué⁽³²²⁾ que les clauses touchant la sécurité du revenu étaient inacceptables pour le Québec, tel que rédigées.⁽³²³⁾ Quant à la Saskatchewan, où la tenue d'une élection le 23 juin avait entraîné un changement de gouvernement, elle n'a jamais fait connaître sa position, croyant probablement que le rejet de l'accord de Victoria par le Québec avait eu pour effet de rendre la question purement théorique.⁽³²⁴⁾

L'unanimité requise n'ayant pas été réalisée autour de la Charte de Victoria, il n'y a évidemment pas été donné suite, et c'est dans l'impasse totale que s'est retrouvé le projet de rapatriement de la Constitution dans lequel elle s'inscrivait. Malgré tout, rien n'indique que les droits linguistiques mentionnés dans cette Charte aient été un motif de désapprobation de la part du Québec et de silence de la part de la Saskatchewan. Au contraire, tous les gouvernements canadiens semblaient accepter les droits linguistiques

322. Il n'est pas frivole de penser que le premier ministre québécois, Robert Bourassa, aurait de toute façon refusé de souscrire à n'importe quel projet de rapatriement qui, comme celui de Victoria, aurait laissé en suspens l'épineuse question de la révision du partage des pouvoirs : Voir G. RÉMILLARD, Loc. Cit., note 38, à la page 51.

323. Voir Jean CHRÉTIEN, Le Rôle du Royaume-Uni dans la modification de la Constitution canadienne, Ottawa, Publications Canada, 1981, aux pages 59 et 60 : «Toutefois, le gouvernement du Québec refusa de donner son accord aux propositions, principalement pour le motif qu'il tenait à un accroissement des pouvoirs des provinces dans le domaine de la sécurité du revenu et des services sociaux.»

324. Voir Id., à la page 60 : «Il venait d'être élu et estimait que le refus de Québec avait fait de toute autre démarche une initiative purement théorique.»

Voir également, à la page 56 : «Il n'exprima aucune opinion, puisque la prise de position du Québec avait fait de cette question une affaire purement théorique.»

qui avaient été négociés par leurs premiers ministres respectifs, et semblaient même être d'avis que ces droits représentaient un pas important dans l'application de l'«Accord unanime sur les droits linguistiques» intervenu en février 1968.⁽³²⁵⁾

Il a fallu attendre jusqu'en 1976 pour que renaisse le projet de rapatriement de la Constitution alors que, le 9 avril, le premier ministre Trudeau a déposé à la Chambre des communes le cahier des propositions contenues dans une lettre envoyée à ses homologues provinciaux en mars de la même année. Ces propositions ont été ainsi décrites par Gérard-A. Beaudoin :

Dans sa première option, il proposait un rapatriement. Bien que l'unanimité des autorités fédérales et provinciales soit souhaitable, elle ne serait pas requise pour que ce geste soit posé; car le partage des compétences législatives ne serait en rien modifié. Il serait possible de prévoir dans l'adresse une disposition en vertu de laquelle les six catégories d'exceptions stipulées à l'article 91.1 pourraient être amendées par le consentement unanime du Parlement et des dix Législatures jusqu'à ce que soit établie une formule permanente.

La deuxième option visait l'établissement d'une formule d'amendement permanente et plus souple. Elle n'entrerait en vigueur que lorsqu'elle aurait reçu l'approbation officielle de tous les parlements provinciaux.

Ce serait la formule de Victoria avec ou sans modification des dispositions concernant les provinces de l'Ouest. En attendant, tout amendement ne pourrait se faire qu'avec le consentement unanime des provinces.

La troisième option, la plus élaborée, comprenait le rapatriement proprement dit, la formule d'amendement et un projet de proclamation visant le statut de la Cour suprême, la protection des droits fondamentaux et linguistiques. Le tout entrerait en vigueur sur approbation de

325. Voir Op. Cit., note 314, à la page 165.

toutes les législatures provinciales. En attendant, tout amendement⁽³²⁶⁾ requerrait le consentement unanime des provinces.

Au chapitre des droits linguistiques, les dispositions du projet de proclamation de 1976 n'étaient applicables qu'au Parlement et au gouvernement fédéral, ainsi qu'aux tribunaux fédéraux.⁽³²⁷⁾ On retrouvait toutefois, à l'article 35, des dispositions reprenant, avec les adaptations nécessaires, les termes de l'article 16 de la Charte de Victoria, et soumettant les droits qu'elles conféraient à une procédure de modification semblable à celle auxquels étaient justement soumis les droits conférés par l'article 16 en question.

Nous remarquons donc que le projet de 1976 envisageait les droits linguistiques de façon beaucoup plus restreinte qu'en 1971. Il semble toutefois que la raison en était non pas une remise en question de l'unanimité acquise autour des droits linguistiques de la Charte de Victoria, mais bien plutôt la ferme intention du premier ministre Trudeau de simplifier le plus possible son projet de rapatriement de la Constitution pour y gagner plus rapidement et plus facilement l'adhésion des provinces. Il faut comprendre en effet que les circonstances politiques et économiques avaient bien changé depuis la Conférence de Victoria et qu'on s'était retrouvé, en 1976, bien loin d'un consensus entre les provinces sur les modalités du rapatriement de la Constitution.⁽³²⁸⁾ Si loin même que le premier ministre Trudeau avait menacé les provinces d'un rapatriement de la Constitution de la

326. Gérald-A. BEAUDOIN, Op. Cit., note 44, aux pages 456 et 457. Cet extrait est également cité par G. RÉMILLARD, Loc. Cit., note 38, à la page 57.

327. Pour le texte de ces dispositions, voir Op. Cit., note 318, aux pages 94 et 95.

328. Voir G. RÉMILLARD, Loc. Cit., note 38, à la page 56.

seule initiative du fédéral, à défaut d'entente entre celles-ci.⁽³²⁹⁾ Même la formule de modification de Victoria avait commencé à faire l'objet de sérieuses réserves de la part des provinces de l'Ouest et des provinces maritimes.⁽³³⁰⁾ Malgré tout, le premier ministre Trudeau avait décidé d'y rester fidèle et l'avait reprise dans son projet de 1976 (article 1). Monsieur Trudeau y avait également joint un article prévoyant que les dispositions de la Constitution du Canada applicables «à une ou à plusieurs provinces mais non à toutes» devaient être modifiées avec l'approbation du Parlement canadien et de l'assemblée législative de chaque province concernée (art. 2). C'était d'ailleurs cette procédure qui était applicable, comme nous l'avons déjà mentionné, aux droits linguistiques conférés par l'article 35. Quant aux articles 91 (1) et 92 (1) de la Loi constitutionnelle de 1867, ils étaient maintenus en vigueur (art. 5).

Inquiets d'un rapatriement unilatéral de la Constitution, les premiers ministres provinciaux ont décidé de se réunir dans le cadre d'une conférence interprovinciale, à Edmonton, en août 1976 et à Toronto le 1er octobre 1976, pour discuter du projet de proclamation constitutionnelle du fédéral. Ils ont fait connaître le résultat de leurs rencontres au premier ministre Trudeau par une lettre datée du 14 octobre 1976. Ils y ont alors mentionné :

329. Voir G. RÉMILLARD, Loc. Cit., note 38, à la page 56.

Voir également : Débats de la Chambre des communes du Canada, 1ère session, 30^e Législature, Vol XII, 23 mars au 4 mai 1976, où, à la page 12687, sont reproduites les paroles suivantes prononcées par le premier ministre Trudeau le 9 avril 1976 :

C'est pour ces raisons que j'ai mentionné la possibilité que le Parlement envisage de rapatrier la Constitution sans le consentement des provinces, s'il appert qu'il est impossible d'obtenir ce consentement. Évidemment, nous n'agirions ainsi qu'en dernier ressort, et la chose ne se ferait pas d'une manière qui puisse modifier la répartition des pouvoirs ou la position des provinces.

330. Voir G. RÉMILLARD, Ibid.

- que toutes les provinces étaient d'accord sur le principe du rapatriement;
- que huit provinces étaient d'accord quant à la procédure de modification proposée (c'est-à-dire celle qui avait été acceptée par les dix provinces à Victoria en 1971);
- qu'il n'y aurait cependant d'accord sur le rapatriement que s'il était accompagné d'un accroissement de la compétence et de la participation des provinces dans certains domaines spécifiquement mentionnés.

Le premier ministre Trudeau a répondu à cette lettre le 19 janvier 1977, en insistant encore une fois sur la nécessité de procéder au rapatriement de la Constitution avant même que ne soit discutée la refonte du partage des compétences législatives. Monsieur Trudeau en a profité également pour joindre à sa lettre un autre projet de résolution allant dans le sens de ses préoccupations. Ce projet reprenait sans changements notables les droits linguistiques du projet de 1976, dont l'article 35, devenu l'article 19 du projet de résolution de 1977.⁽³³¹⁾ Au chapitre de la modification constitutionnelle,⁽³³²⁾ toutefois, le projet de 1977 était beaucoup plus élaboré que celui de 1976 et reprenait presque entièrement les dispositions de la Charte de 1971. Même l'article 55 de la Charte de Victoria était repris par l'article 8 du projet de résolution de 1977, sauf peut-être le 8e paragraphe de l'article 55 dont on ne retrouvait pas, dans le texte de 1977,

331. Pour le texte des garanties linguistiques du projet de résolution de 1977, voir Op. Cit., note 318, aux pages 96 à 99.

332. Voir Op. Cit., note 318, aux pages 388 à 392, où sont reproduites les procédures de modification constitutionnelle suggérées par le projet de 1977.

l'équivalent de l'expression «sous réserve (...) de l'article 16». (333) Quoi qu'il en ait été, il semble bien que le projet de résolution de 1977 ait suscité peu d'intérêt chez les provinces, «plus intéressées en cette période de crise de l'énergie au partage des juridictions qu'à l'acte formel de rapatriement.» (334)

Le premier ministre Trudeau est revenu à la charge, le 12 juin 1978, en déposant à la Chambre des communes un Livre blanc intitulé Le temps d'agir, portant sur un ensemble de propositions constitutionnelles. Puis, il a donné suite à ce Livre blanc en déposant à la Chambre des communes, le 20 juin 1978, un projet de loi intitulé Loi sur la réforme constitutionnelle, aussi appelé projet de loi C-60. Encore une fois, il s'agissait pour Monsieur Trudeau de parvenir au rapatriement de la Constitution sans discuter au préalable du partage des compétences législatives.

Le projet de loi C-60 ne manquait certes pas d'audace. Il contenait par exemple un nombre impressionnant de droits linguistiques, (335) reprenant ou reformulant pour certains les garanties de la Charte de Victoria, les dépassant même amplement pour d'autres. Par exemple, l'article 14 (2), qui

333. Ceci semble d'ailleurs s'expliquer par le fait que dans le projet de résolution de 1977, contrairement à ce qui était le cas dans la Charte de Victoria et dans le projet de proclamation de 1976, il était prévu que même les droits qui auraient été conférés sous le régime de l'article 19 devaient, tout comme les autres dispositions relatives à l'usage du français et de l'anglais, être modifiés en vertu de la formule générale.

334. G. RÉMILLARD, Loc. Cit., note 38, à la page 60.

335. Voir Op. Cit., note 318, aux pages 102 à 106, pour le texte des dispositions linguistiques du projet de loi C-60.

accordait le droit de participer aux débats et procédures des législatures provinciales en français ou en anglais, s'appliquait à toutes les provinces. Il en était de même pour l'article 19 (2) qui reconnaissait le droit de communiquer en français ou en anglais avec les organismes provinciaux. Quant à la publication des documents des corps législatifs, l'article 15 (2) imposait qu'elle soit faite en français et en anglais dans les provinces de l'Ontario, du Québec et du Nouveau-Brunswick, et ouvrait la porte au bilinguisme dans les autres provinces. L'article 16 (2) reconnaissait le droit d'utiliser le français ou l'anglais dans les procédures judiciaires devant les cours du Québec, de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick, alors que l'article 16 (3) reconnaissait le même droit dans les procédures pénales devant les cours de toutes les autres provinces. Le projet de loi C-60 ne contenait toutefois aucune proposition en matière de modification constitutionnelle mais il semble néanmoins, à la lumière du Livre blanc, que le fédéral continuait à favoriser les formules contenues dans la Charte de Victoria de 1971.

Une fois de plus, les premiers ministres provinciaux se sont donc réunis pour discuter des propositions fédérales. Cette conférence interprovinciale a été tenue à Regina en août 1978. Les premiers ministres ont alors reproché à Monsieur Trudeau d'éviter la révision du partage des pouvoirs et ont critiqué sévèrement le projet de loi C-60.⁽³³⁶⁾ Au sujet des droits linguistiques plus particulièrement, le communiqué issu de la conférence affirmait que :

Les provinces conviennent d'avancer encore une fois le consensus de 1976, auquel le gouvernement fédéral n'a pas encore donné de réponse satisfaisante.

336. Voir G. RÉMILLARD, Loc. Cit., note 38, à la page 63.

Certains Premiers ministres remarquent que les garanties linguistiques proposées vont considérablement plus loin que les propositions antérieures, et estiment que certaines difficultés d'ordre pratique peuvent surgir, notamment au niveau des services et des tribunaux provinciaux.⁽³³⁷⁾

Le projet de loi C-60 a été à nouveau l'objet d'un examen par les premiers ministres lors de la Conférence fédérale-provinciale tenue à Ottawa en octobre 1978. Gil Rémillard raconte que, devant la vive opposition du Québec, Monsieur Trudeau a rapidement mis fin aux discussions portant sur la question du rapatriement.⁽³³⁸⁾ Même la question de l'enchâssement d'une Charte des droits avait fait l'objet d'une opposition énergique de la part des quatre provinces de l'Ouest et du Québec, ces provinces craignant que cet enchâssement aille à l'encontre de la tradition parlementaire en accordant trop de pouvoirs aux tribunaux.⁽³³⁹⁾

Au delà de la question de l'enchâssement de la Charte des droits dans la Constitution, presque tous les premiers ministres provinciaux ont profité de la Conférence de 1978 pour réitérer leurs hésitations face à l'ampleur de plusieurs des droits linguistiques proposés par le projet de loi C-60. En effet, si toutes les provinces se disaient d'accord pour que l'anglais et le français soient reconnus langues officielles du Canada, il n'en demeurerait pas moins que plusieurs premiers ministres provinciaux avaient indiqué que l'octroi des services à la minorité officielle dans la province

337. Voir Op. Cit., note 318, à la page 110.

338. Voir G. RÉMILLARD, Loc. Cit., note 38, à la page 64.

339. Ibid.

devrait être laissé à la discrétion du gouvernement concerné.⁽³⁴⁰⁾ Notons toutefois que c'était le premier ministre Richard Hatfield du Nouveau-Brunswick qui, de tous les premiers ministres provinciaux, avait réservé le meilleur accueil à l'ensemble des propositions fédérales en matière linguistique.⁽³⁴¹⁾

C'est donc encore une fois dans l'impasse la plus totale que s'est achevée la Conférence de 1978, les premiers ministres fédéral et provinciaux se contentant de référer tout le dossier à un comité formé des ministres des Affaires intergouvernementales et des procureurs généraux des deux niveaux de gouvernement. Le comité des ministres s'est avéré rapidement incapable de dénouer l'impasse, ce qui a amené les premiers ministres à tenir une autre séance de la Conférence, à Ottawa, le 5 février 1979, dans l'espoir de parvenir enfin à un compromis. À l'issue de la séance, seules deux provinces, l'Ontario et le Nouveau-Brunswick avaient donné leur accord aux grands principes du projet fédéral.⁽³⁴²⁾ Quant aux autres provinces, elles continuaient de s'y opposer énergiquement. L'impasse ne pouvait être plus totale. Le reste de l'histoire est bien connu : l'élection du chef

340. C'était notamment le cas pour le premier ministre de la Colombie britannique et celui de l'Ontario : Voir Op. Cit., note 318, aux pages 112, 113 et 114.

341. Monsieur Hatfield avait affirmé : «Je reconnais cependant que les dispositions élaborées représentent généralement les sentiments de la plupart des Canadiens et sont dignes d'être incorporées à tout projet de réforme de la constitution.» : Voir Op. Cit., note 318, à la page 115.

342. C'est-à-dire le rapatriement avant la révision du partage des pouvoirs et l'enchâssement d'une charte de droits fondamentaux dans la Constitution.

conservateur Joe Clark le 22 mai 1979, le retour au pouvoir de Monsieur Trudeau en février 1980, le référendum sur la Souveraineté-Association le 20 mai 1980 et, bien sûr, la promesse de renouveler le fédéralisme, faite par Monsieur Trudeau au cours de la campagne référendaire. C'est d'ailleurs cette promesse qui a amené le premier ministre Trudeau à relancer le débat constitutionnel en convoquant les premiers ministres provinciaux à une conférence fédérale-provinciale, à Ottawa, en septembre 1980.⁽³⁴³⁾

La Conférence de 1980 s'est, elle aussi, terminée dans l'échec le plus total, les provinces canadiennes étant plus que jamais divisées entre elles quant à la position à adopter à l'égard du projet Trudeau. C'en fut assez pour le fédéral qui, devant autant d'échecs consécutifs, décida de mettre en avant un projet de résolution constitutionnelle devant carrément s'inscrire, cette fois-ci, dans un rapatriement unilatéral de la Constitution.⁽³⁴⁴⁾

Après que la constitutionnalité de ce projet ait été mise en doute par les provinces,⁽³⁴⁵⁾ et ait fait l'objet de la fameuse décision de la Cour suprême du Canada dans le Renvoi : résolution pour modifier la Constitution,⁽³⁴⁶⁾ a eu lieu, à Ottawa, en novembre 1981, la Conférence

343. Voir le résumé qu'a fait Gil RÉMILLARD des discussions du 10 septembre 1980 : Loc. Cit., note 38, aux pages 70 et 71.

344. Il s'agissait de la «résolution portant sur une adresse commune des deux chambres du Parlement du Canada à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada.»

345. ... au sens du droit strict et au sens des conventions constitutionnelles.

346. Précité, note 38.

constitutionnelle dite «de la dernière chance».⁽³⁴⁷⁾ On ne sait plus toutefois s'il s'agissait de la dernière chance des provinces de se joindre au projet de rapatriement de la Constitution, ou bien plutôt de la dernière chance de Monsieur Trudeau de rapatrier la Constitution en conformité avec les conventions constitutionnelles dont l'existence avait été reconnue par la Cour suprême dans la décision en question. Quoi qu'il en ait été, les deux parties ont réellement saisi cette «dernière chance» pour parvenir enfin à un consensus sur un nombre important de réformes constitutionnelles.⁽³⁴⁸⁾ C'est cette «nouvelle alliance constitutionnelle» qui a été finalement scellée dans la Loi constitutionnelle de 1982.

Chacun a néanmoins dû mettre de l'eau dans son vin pour parvenir à ce compromis. Monsieur Trudeau a dû abandonner sa formule de Victoria, pour adopter la formule résiduaire (a. 38), préférée par les provinces. Les provinces en retour ont dû accepter l'enchâssement de la Charte des droits dans la Constitution, non sans insister toutefois pour que certains de ces droits puissent faire l'objet d'une clause dérogatoire (a. 33). Une ombre au tableau, bien sûr, celle du Québec, désapprouva encore politiquement la Loi de 1982, mais néanmoins obligé d'en accepter l'application.

347. Voir G. RÉMILLARD, Loc. Cit., note 38, à la page 89.

348. Voir Id., à la page 94.

Chapitre II

La procédure de modification applicable aux articles 16 à 20 de la Loi constitutionnelle de 1982.

La Loi constitutionnelle de 1982 est, comme l'a si bien affirmé Jules Deschênes, «(...) susceptible (...) d'avoir des conséquences considérables en matière de langue au Canada» :⁽³⁴⁹⁾

1. Elle confirme l'égalité de statut du français et de l'anglais comme langues officielles du Canada (art. 16.1);
2. Elle inscrit dans la Constitution cette égalité de statut dans le Nouveau-Brunswick (art. 16.2);
3. Elle prévoit la progression vers cette égalité de statut ailleurs au Canada (art. 16.3);
4. Elle confirme cette égalité de statut dans les affaires parlementaires et judiciaires du Canada et elle l'inscrit dans la Constitution pour le Nouveau-Brunswick (art. 17, 18 et 19);
5. Elle confirme cette égalité dans les services administratifs du Canada et elle l'inscrit dans la Constitution pour le Nouveau-Brunswick (art. 20).

La question qui se pose alors à nous est donc celle de savoir en vertu de quelle procédure ces dispositions pourront éventuellement être

349. Jules DESCHÊNES, Loc. Cit., note 175, à la page 39.

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

Section I

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

Il nous semble évident que les dispositions qui, dans la Loi constitutionnelle de 1982, intéressent le fédéral, soit les articles 16 (1), 17 (1), 18 (1), 19 (1) et 20 (1), devront être modifiées en vertu de la procédure établie par l'article 41 c) de cette même loi.⁽³⁵⁰⁾ On remarque alors que les négociations constitutionnelles de 1981 ont non seulement confirmé l'importance qui avait été accordée jusque là à ces droits linguistiques fédéraux, mais ont même servi à en accroître l'importance, au point où ce sera maintenant l'unanimité qui sera requise pour les modifier, et non plus

350. Voir H. BRUN et G. TREMBLAY, Op. Cit., note 1, à la page 368.

Voir également A. TREMBLAY, Loc. Cit., note 76, à la page 563 :

Cette continuité s'exprime d'abord par le double enchâssement des articles à l'étude : un premier enchâssement par l'article 33 de la Charte et un second par l'article 41.

Cette opinion d'André Tremblay est abondamment reprise dans la décision qu'a rendue le juge Wilson dans l'arrêt Société des Acadiens c. Association of Parents, précité, note 3, 623, 624 et 639. Voir également à la page 620, le passage suivant :

Toute démarche en vue de faire en sorte que soient entièrement respectés les droits linguistiques approuvés par les tribunaux en application du principe de développement énoncé au par. 16 (1) devrait être compatible avec le par. 20 (1) qui ne peut être changé que par voie de modification constitutionnelle, ce qui exige le consentement unanime des provinces.

seulement la formule générale.⁽³⁵¹⁾

On remarque également que, l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 demeurant en vigueur malgré l'édiction de la Loi constitutionnelle de 1982, les articles 17 (1), 18 (1) et 19 (1) de cette dernière loi font double emploi dans une large mesure avec les dispositions de «l'aspect fédéral» de l'article 133.⁽³⁵²⁾ Cette situation ne risque toutefois pas d'aboutir à une anomalie en ce qui concerne la modification constitutionnelle⁽³⁵³⁾ puisque, comme nous l'avons vu, tant «l'aspect fédéral» de l'article 133 que les articles 17 (1), 18 (1) et 19 (1) de la Loi de 1982 sont soumis à la même formule de modification : celle de l'article 41 c) de la Loi constitutionnelle de 1982.

351. Il ressort en effet de la rétrospective que nous avons faite des propositions constitutionnelles antérieures à la Loi constitutionnelle de 1982, que toutes ces propositions prévoyaient que les dispositions linguistiques intéressant le fédéral devaient être modifiées selon une formule requérant l'accord du Parlement fédéral, du Québec, de l'Ontario, de deux provinces maritimes et de deux provinces de l'Ouest représentant cinquante pour cent de la population de cette région.

352. Voir H. BRUN et G. TREMBLAY, Op. Cit., note 1, à la page 365 :

Les articles 16 à 20 de la Charte reprennent en l'élargissant un peu la règle du bilinguisme législatif et judiciaire que l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 imposait aux institutions fédérales.

Voir également, à la page 568 :

Les articles 17 à 19 de la Loi constitutionnelle de 1982 réitèrent et étendent quelque peu la protection qui existait déjà, en vertu de l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867, quant à la langue de la législation et de la justice au niveau fédéral (...).

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

Section II

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

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

Il n'y a aucun doute que le régime de bilinguisme instauré par les articles 17 (2), 18 (2) et 19 (2) de la Loi constitutionnelle de 1982 a été inspiré du modèle qu'est l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867. Comme devait l'affirmer le juge Beetz dans l'arrêt Société des Acadiens, opinion à laquelle avaient souscrit les juges Estey, Chouinard, Lamer et Le Dain :

Sous réserve de variantes stylistiques mineures, les termes des art. 17, 18 et 19 de la Charte ont été empruntés clairement et délibérément à la version anglaise de l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867.

(...)

Le texte quelque peu condensé et complexe de l'art. 133 a été abrégé et simplifié dans les art. 17 à 19 de la

Charte, comme il convient au style d'un véritable document constitutionnel.⁽³⁵⁴⁾

Il n'y a aucun doute non plus que, comme devait l'affirmer le juge Beetz : « (...) dans la mesure où le modèle de l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 a été délibérément suivi, (...), la même interprétation s'impose. »⁽³⁵⁵⁾ Mais le fait qu'il puisse y avoir lieu de donner aux articles

-
354. Voir l'opinion du juge Beetz dans l'arrêt Société des Acadiens c. Association of Parents, précité, note 3, 573 et 574.

Voir également H. BRUN et G. TREMBLAY, Op. Cit., note 1, à la page 568 : « Les articles 17 à 19 (...) réitèrent et étendent quelque peu la protection (...) de l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 (...) et ils rendent cette protection applicable au Nouveau-Brunswick. »

355. Société des Acadiens c. Association of Parents, précité, note 3, 576.

Voir aussi l'opinion du juge Beetz aux pages 571 et 572 :

Les deux affaires diffèrent aussi par le fait que l'arrêt MacDonald traite de l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867, tandis qu'en l'espèce il est question du par. 19 (2) de la Charte canadienne des droits et libertés. Selon moi, toutefois, étant donné la similarité des deux dispositions, il s'agit là d'une simple différence de forme et non pas de fond.

Également à la page 573 : « J'estime en conséquence qu'on ne saurait à bon droit trancher cette affaire sans tenir compte de l'interprétation donnée à l'art. 133, (...) ».

Enfin, à la page 574 :

Or, j'estime que ce changement de pure forme ne revêt aucune importance particulière. (...) À mon sens, les droits que garantit le par. 19 (2) de la Charte sont de même nature et portée que ceux garantis par l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 en ce qui concerne les tribunaux du Canada et ceux du Québec.

Voir également, dans le même sens, H. BRUN et G. TREMBLAY, Op. Cit., note 1, à la page 568 : « Comme les articles 17 à 19 de la Loi constitutionnelle de 1982 sont libellés essentiellement de la même façon, la jurisprudence sur l'article 133 leur est clairement applicable. »

17 (2), 18 (2) et 19 (2) de la Charte la même portée que celle de l'article 133 n'implique pas nécessairement, comme nous l'avons déjà vu,⁽³⁵⁶⁾ que toutes ces dispositions doivent être modifiées selon la même formule de modification constitutionnelle. Rappelons en effet que c'est avant tout parce qu'elles étaient des conditions essentielles à l'adhésion du Québec au fédéralisme canadien et, plus généralement, des conditions essentielles à notre fédéralisme même, que les dispositions de «l'aspect québécois» de l'article 133 ont échappé à l'application de l'article 43 b) de la Loi constitutionnelle de 1982 pour plutôt faire l'objet de celle de l'article 41 c) de cette loi. Nous sommes donc appelé, pour savoir s'il y a lieu de leur appliquer la même procédure de modification que celle appliquée à l'article 133, à étudier les dispositions de la Charte qui concernent le Nouveau-Brunswick sous l'angle des particularités historiques qui les ont motivées.

La colonie française de l'Acadie, qui comprenait ce que sont maintenant devenues les provinces du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse, a été cédée au Royaume-Uni en 1713 par le traité d'Utrecht.

355. (suite)

Pour une opinion contraire, voir celle du juge Dickson dans l'affaire Société des Acadiens c. Association of Parents, précité, note 3, 561 :

(...) malgré la similitude de l'art. 133 et du par. 19 (2), nous avons affaire à des dispositions constitutionnelles différentes adoptées dans des contextes différents. À mon avis, l'interprétation donnée à l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 n'est nullement déterminante en ce qui concerne celle que doivent recevoir les dispositions de la Charte.

356. Supra, note 261.

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

Cette situation n'a malheureusement pas été modifiée lorsque le Nouveau-Brunswick est devenue membre de la fédération canadienne en 1867. En effet, à cette époque, même si les Acadiens constituaient une minorité plus importante, proportionnellement à la population totale de la province, que la minorité anglophone au Québec,⁽³⁵⁷⁾ il n'a pourtant jamais été question de leur fournir une protection semblable à celle accordée aux anglophones du

357. Les Acadiens (francophones) constituaient 15,7% de la population du Nouveau-Brunswick en 1871 : Voir Pierre PATENAUE, La protection linguistique au Nouveau-Brunswick, un exemple à ne pas suivre pour une nouvelle constitution canadienne, (1979) 57 R. du B. Can. 657, à la page 659, n. 6.

Il est vrai toutefois que les Acadiens avaient dû subir la déportation entre 1755 et 1758, comme l'a rappelé si amèrement Pierre PATENAUE, aux pages 657, 658 et 667.

Québec par l'article 133.⁽³⁵⁸⁾ En d'autres termes, l'entente linguistique de 1867, fondée sur la réciprocité, n'a impliqué que le Québec et que le fédéral. Ceci s'explique probablement par le fait que, comme nous l'avons vu, la Loi constitutionnelle de 1867 n'a pas cherché à modifier la situation existant alors en matière linguistique, mais a cherché au contraire à la constitutionnaliser. Or, la situation linguistique existant au Nouveau-Brunswick en 1867 était, comme nous venons de le voir, l'unilinguisme anglophone.

Dans les faits, cet unilinguisme officiel dura longtemps.⁽³⁵⁹⁾ Les premiers gains du bilinguisme dans cette province ne datent en effet que de

358. Voir Id., à la page 659 :

Il est de connaissance générale que l'article 133 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique ne visait à imposer que certaines garanties linguistiques, très limitées d'ailleurs, au niveau parlementaire, gouvernemental et judiciaire québécois et fédéral. L'article 23 de l'Acte du Manitoba soumettait cette province à une garantie constitutionnelle identique. Toutes les autres provinces étaient alors dégagées d'une telle obligation, y compris le Nouveau-Brunswick qui en 1867, malgré la déportation de 1755, comptait une forte minorité française.

(...)

Au niveau provincial, les Acadiens durent donc se résigner à demander à leur législature de légiférer pour que leurs droits linguistiques et culturels soient respectés.

Voir également, dans le même sens, Réjean M. PATRY, Op. Cit., note 152, à la page 33 : «(...) il ne semble pas que le français y ait eu quelque statut même si les Acadiens de langue française y étaient très nombreux.»

359. Dans l'arrêt R. c. Murphy, Ex parte Belisle and Moreau, (1968) 69 D.L.R. (2d) 530, le juge Hughes de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick avait expliqué en ces termes les fondements de la règle relative à la détermination de la langue des procédures judiciaires dans la province, aux pages 352 à 356 :

quelques années. Ces gains, d'ailleurs, ont été d'abord très timides, mais ils ont progressivement acquis de la substance. Ainsi, en 1967, le Nouveau-Brunswick a débuté un programme d'introduction graduelle du bilinguisme dans le système judiciaire, par une modification à la Loi sur la preuve de la province.⁽³⁶⁰⁾ Loin d'accorder à la langue française un

359. (suite)

The status of English as the official language of our Courts rests on English statute law which became part of the law of the Province when it was established. The provincial Courts have always regarded the English common law and those statutes in amendment of the common law enacted prior to the Restoration of 1660, if applicable to the colonial conditions of the Province, as forming part of the law of the Province.

(...)

Prior to the Restoration, the Parliament of England on November 22, 1650, passed an Act entitled «An Act for turning the Books of the Law, and all Process and Proceedings in Courts of Justice, into English».

(...)

English continued to be the official language of the Courts of England when the Supreme Court of Judicature of the Province of New Brunswick was established on November 27, 1784.

(...)

In our opinion the Act of 1650 respecting the use of the English language is part of the law of the Province and applicable to proceedings in all provincial Courts.

Ces extraits sont également cités dans Michel BASTARACHE, Pour réussir le bilinguisme au Nouveau-Brunswick, (1983), 24 C. de D. 55, à la page 56. Michel Bastarache précise toutefois, dans sa note 1, que l'analyse du juge Hughes était probablement erronée en ce qui concerne la réception du droit au Nouveau-Brunswick.

360. Voir M. BASTARACHE, Id., à la page 56.

véritable statut officiel, cette modification ne faisait que permettre aux juges d'ordonner que les actes de procédure soient déposés, et les témoignages rendus et reçus, en anglais ou en français, sur demande de l'une des parties. Une restriction très importante venait toutefois assombrir le tableau : une telle ordonnance ne pouvait être rendue que lorsque toutes les parties et leurs avocats avaient une connaissance suffisante de la langue choisie. Inutile de mentionner que, dans une province où seulement un petit nombre d'avocats parlaient français, cette dernière restriction n'était pas de nature à favoriser l'emploi du français devant les tribunaux et, dans les faits, était une entrave sérieuse aux chances d'égalité des deux langues dans l'administration de la justice au Nouveau-Brunswick.

Le bilinguisme a néanmoins franchi un pas important en 1969, année où la législature a voté la Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick.⁽³⁶¹⁾ Cette loi proclamait le caractère officiel des langues française et anglaise et leur accordait un statut d'égalité.⁽³⁶²⁾ En ce qui concernait l'administration de la justice toutefois, l'égalité officielle de l'anglais et du français se trouvait compromise par l'article 13 de la loi. Bien que cette disposition accordait à quiconque comparaissait ou témoignait le droit d'être entendu dans la langue officielle de son choix,

361. Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B., 1973, c. 0-1.

Les articles 1, 2, 3, 6 et 11 de cette loi ont été promulgués le 1er septembre 1969. L'article 13, qui ouvrait la porte au bilinguisme dans les tribunaux, a été promulgué en 1972. Les articles 4, 8, 9, 10 et 12 ont été mis en vigueur le 1er juillet 1977.

362. Voir l'article 2 de la Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick.

elle ne permettait toutefois l'emploi d'une langue officielle dans les procédures judiciaires que lorsque le tribunal convenait qu'on pouvait efficacement procéder ainsi. Dans les faits, ce critère d'efficacité était, bien sûr, de nature à limiter la portée du droit à des procès en langue française dans la province.

Puis, par proclamation du lieutenant-gouverneur en conseil, le 1er mai 1978, on donna effet dans la province aux dispositions de la partie XIV.1 du Code criminel du Canada.⁽³⁶³⁾ Ces dispositions accordaient à un accusé le droit à un procès devant un juge ou un jury parlant la langue officielle choisie par cet accusé, ou, si les circonstances le justifiaient, parlant les deux langues officielles. Enfin, d'autres mesures ont été prises afin d'améliorer les services juridiques en langue française : une version bilingue des lois révisées a été publiée en 1974,⁽³⁶⁴⁾ et, en 1978, la faculté de droit de l'université de Moncton a offert un cours de droit complet en langue française.

En fait, cette instauration du bilinguisme au Nouveau-Brunswick allait dans la logique des choses. N'oublions pas effectivement que c'était le premier ministre de cette province qui avait été le plus ouvert à l'idée de

363. Voir M. BASTARACHE, Loc. Cit., note 359, à la page 58 : «En matière pénale, la mise en vigueur de la partie XIV.1 (...) est venue donner un caractère absolu aux droits linguistiques de l'accusé.»

Voir également P. PATENAUDE, Loc. Cit., note 357, à la page 660.

364. Mais, comme l'a rappelé Michel BASTARACHE, Loc. Cit., note 359, à la page 57 : «(...) la traduction des règles de procédure civile et des règlements provinciaux se faisaient (sic) encore attendre.»

l'enchâssement des droits linguistiques conférés par le projet de loi C-60, lors de la Conférence sur la Constitution de 1968. Monsieur Hatfield était même allé jusqu'à y déclarer :

Pour ce qui a trait à la proposition fédérale d'incorporer dans la Constitution une charte des droits, je n'ai qu'à m'en tenir à mon accord fondamental avec /les/ principes.

Le Nouveau-Brunswick a déjà indiqué sa position sur ces questions par des mesures législatives telles que notre Loi sur les langues officielles et notre Loi sur les Droits de l'Homme. Ma seule préoccupation c'est que le but de ces dispositions soit indiqué aussi clairement que possible pour qu'en fait certains droits de tous les Canadiens soient en réalité mieux garantis ⁽³⁶⁵⁾ et moins sujets à controverse et à un jugement arbitraire.

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

365. Id., note 318, à la page 115.

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

Mais pour répondre à cette question, c'est maintenant la nature même de tout le régime de bilinguisme instauré par la Charte que nous sommes appelé à identifier. Nous disons «tout le régime linguistique» car, ne l'oublions pas, le régime de bilinguisme applicable au Nouveau-Brunswick n'est pas que constitué des articles 17 (2), 18 (2) et 19 (2). Ce régime est aussi constitué des articles 16 (2) et 20 (2). Or, on ne retrouve pas l'équivalent de ces deux derniers articles dans les dispositions constitutionnelles applicables au Québec et au Manitoba. Le «système de bilinguisme officiel global»⁽³⁶⁶⁾ applicable au Nouveau-Brunswick a donc plus d'ampleur que le

366. Nous ne faisons que reprendre ici une expression qu'avait utilisée la Cour suprême dans un autre contexte toutefois. En effet, dans l'affaire MacDonald c. Ville de Montréal, précité, note 68, on retrouve, à la page 496, la réflexion suivante des juges majoritaires : «L'article 133 a introduit non pas un programme ou système de bilinguisme officiel global, même en puissance (...)»

système de bilinguisme applicable au Québec et au Manitoba.⁽³⁶⁷⁾ Mais il n'y a pas que par son ampleur que le régime de bilinguisme instauré par les articles 16 à 20 de la Charte se distingue de celui instauré par les articles 133 pour le Québec et 23 pour le Manitoba. Il s'en distingue également, croyons-nous, par sa nature même.

Il nous semble en effet que les articles 16 à 20 n'ont pas été conçus pour répondre aux besoins particuliers du Nouveau-Brunswick. Ils constituent plutôt un régime auquel toute province peut adhérer volontairement. Jusqu'à maintenant, seule la province du Nouveau-Brunswick y a adhéré, mais il n'est pas dit que d'autres provinces ne s'y joindront pas éventuellement.⁽³⁶⁸⁾ Les articles 16 à 20 de la Charte se distinguent donc des articles 133 et 23 en ce que, loin de chercher à répondre à des exigences historiques, ils ont plutôt été conçus comme étant un compromis susceptible d'amener dans le giron du bilinguisme des provinces dont l'histoire est justement souvent en contradiction avec l'égalité des deux langues officielles en leur sein.

367. Comme devait l'affirmer la Cour suprême dans l'arrêt Société des Acadiens c. Association of Parents, précité, note 3, 576 : «Ce système a pris encore plus d'ampleur dans la Charte avec l'ajout du Nouveau-Brunswick au Québec -- et au Manitoba -- et avec l'adoption de nouvelles dispositions comme l'art. 20.»

368. Rappelons en effet que, dans la Charte de Victoria, plusieurs provinces -- outre le Québec, le Manitoba et le Nouveau-Brunswick -- avaient accepté de se soumettre à un certain nombre de garanties linguistiques importantes : Terre-Neuve (articles 11, 13, 14 et 15), l'Ontario (articles 11 et 15), l'Île du Prince-Édouard (articles 11 et 15), et la Nouvelle-Écosse (article 11). L'article 13 allait même jusqu'à prévoir que les lois de toutes les provinces devaient être imprimées et publiées en anglais et en français.

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

On doit en outre prendre en considération la formule de modification constitutionnelle relativement à l'usage des langues officielles. Suivant l'al. 41 c) de la Loi constitutionnelle de 1982, le consentement unanime du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province est nécessaire à cette fin, mais «sous réserve de l'article 43». L'article 43 prévoit la modification des dispositions de la Constitution applicables à certaines provinces seulement et exige que cela se fasse par des «résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province concernée». Il est de notoriété publique qu'on s'attendait à ce que certaines provinces autres que le Nouveau-Brunswick, abstraction faite du Québec et du Manitoba, finissent par adhérer volontairement à la totalité ou à une partie du régime constitutionnel prescrit par les art. 16 à 22 de la Charte, et une procédure souple de modification de la Constitution a été prévue pour que cette progression dans le domaine des droits linguistiques puisse se réaliser. (369)

Le fait de soumettre la modification des articles 16 à 20 de la Charte à la procédure souple de l'article 43 b) de la Loi constitutionnelle de 1982 s'expliquerait donc par la nécessité qu'il y a de convaincre d'autres provinces à adhérer à ce régime, provinces qui, autrement, seraient encore plus réticentes à y participer. En effet, il nous semble que seule la possibilité pour ces provinces de se soustraire avec une certaine aisance à un régime linguistique auquel elles auraient d'ailleurs adhéré volontairement, est susceptible de gagner leur participation au régime en question. Cette

369. Société des Acadiens c. Association of Parents, précité, note 3, 579 (J. Beetz).

«souplesse» s'imposerait d'ailleurs d'autant plus, à l'égard de la modification des articles 16 à 20 de la Charte, que, comme nous l'avons vu, le régime auquel on désire gagner l'adhésion volontaire des provinces est d'une ampleur encore plus grande que celle du régime qui s'impose actuellement au Québec et au Manitoba.

En d'autres termes, nous croyons que la procédure de modification qui doit être appliquée au régime linguistique de la Charte doit être celle qui incitera d'autres provinces à y adhérer volontairement, plutôt que celle qui les en découragera.⁽³⁷⁰⁾ Or, seule l'application de l'article 43 b) à la modification des articles 16 à 20, par opposition à l'application de la formule «rigide» de l'article 41 c), est susceptible de rendre les provinces moins réticentes à adhérer au régime linguistique de la Charte et, ainsi, est susceptible de permettre au processus politique de poursuivre son oeuvre vers une reconnaissance encore plus répandue de l'égalité de la langue française et de la langue anglaise au Canada.⁽³⁷¹⁾

370. Comme l'a mentionné le juge Beetz, dans l'arrêt Société des Acadiens c. Association of Parents, précité, note 3, 579 et 580 :

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

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

Notre interprétation semble d'ailleurs se concilier avec l'historique législatif de la Loi constitutionnelle de 1982 que nous avons déjà relaté.

Rappelons en effet que l'article 16 de la Charte de Victoria prévoyait la possibilité pour une province d'adhérer, en tout ou en partie, à certaines des dispositions linguistiques de cette Charte. Pour ce faire, la législature de la province en question n'avait qu'à passer une résolution à cet effet. Il était toutefois prévu qu'une fois une telle résolution passée, les droits ainsi conférés ne pourraient être supprimés ou restreints qu'avec l'accord du Parlement fédéral et de cette législature.

Rappelons également que l'article 55 de la Charte de Victoria proposait explicitement que les dispositions relatives à l'usage de l'anglais et du français soient modifiées selon la formule générale, sous réserve toutefois de celles de ces dispositions qui auraient été conférées en vertu de l'article 16. L'article 55 proposait également l'application de la formule générale aux modifications touchant «l'office de la Reine, celui du gouverneur général et celui de lieutenant-gouverneur», ainsi qu'à celles touchant «le droit d'une province d'être représentée à la Chambre des communes par les députés dont le nombre est au moins aussi grand que celui des sénateurs de cette Province.»

Nous ne pouvons donc nous empêcher d'établir un parallèle entre ces dispositions de l'article 55 de la Charte de Victoria et celles des paragraphes a), b) et c) de l'article 41 de la Charte actuelle. Le paragraphe 8 de l'article 55 en question serait donc devenu, selon nous, l'article 41 c) de la Loi constitutionnelle de 1982, la règle de l'unanimité ayant toutefois

remplacé la formule générale. Quant à l'expression «sous réserve néanmoins de l'article 16» que l'on retrouvait à l'article 55 (8) de la Charte de 1971, elle aurait maintenant été remplacée, croyons-nous, par l'expression «sous réserve de l'article 43» que l'on retrouve à l'article 41 c). L'article 43 de la Loi constitutionnelle de 1982 assumerait donc maintenant le rôle que l'article 16 de la Charte de Victoria, et les dispositions équivalentes contenues dans les autres projets de réforme constitutionnelle,⁽³⁷²⁾ étaient censé assumer : permettre au compromis politique de se développer par l'addition de nouveaux adhérents.

Nous sommes donc d'opinion que c'est bel et bien l'article 43 b) de la Loi constitutionnelle de 1982 qui doit être appliqué à la modification des articles 16 (2), 17 (2), 18 (2), 19 (2) et 20 (2) de cette loi,⁽³⁷³⁾ étant donné la nature même de ces dispositions et étant donné le rôle que l'article 43 est appelé à jouer dans tout le régime de modification constitutionnelle établi par la Loi de 1982.

372. Voir l'article 35 du projet de proclamation de 1976 et l'article 19 du projet de résolution de 1977.

373. Nous partageons en cela la conclusion à laquelle sont arrivés Henri BRUN et Guy TREMBLAY, Op. Cit., note 1. Voir à la page 366 : «En ce qui regarde le bilinguisme provincial, l'article 43 vise (...) les articles 16 à 20 de la Loi constitutionnelle de 1982 pour le Nouveau-Brunswick.»

Voir aussi à la page 571 : «C'est dire que les dispositions de la Constitution imposant le bilinguisme institutionnel au (...) Nouveau-Brunswick pourront être changées par la province en question et le fédéral (...)).»

Toutefois, nous croyons qu'il sera possible pour le Nouveau-Brunswick -- et pour le fédéral également -- d'ajouter des droits ou privilèges au régime linguistique instauré par la Charte et ce, sans qu'il soit nécessaire de procéder par le biais d'une modification constitutionnelle. Il semble en effet que ce régime linguistique, bien qu'il ait plus d'ampleur que celui des articles 133 et 23, comme nous l'avons déjà vu, n'en a pas moins, à l'instar de ces deux derniers articles, une portée minimale.⁽³⁷⁴⁾ Comme toutes les autres dispositions fondées sur un compromis politique, les articles 16 à 20 de la Charte se prêtent donc particulièrement bien à l'avancement des droits qui y sont énoncés.⁽³⁷⁵⁾ Ce principe d'avancement est même en quelque sorte consacré par l'article 16 (3) de la Charte, lequel prévoit expressément l'adoption de mesures législatives ordinaires favorisant la progression vers l'égalité de statut ou d'usage des langues anglaise et française.⁽³⁷⁶⁾ Comme devait cependant le faire remarquer le juge Beetz, les

374. Voir dans l'arrêt Société des Acadiens c. Association of Parents, précité, note 3, où, aux pages 576 et 577, le juge Beetz applique aux dispositions linguistiques de la Charte des extraits hautement significatifs de l'arrêt MacDonald.

375. Voir l'opinion du juge Beetz, au nom des juges majoritaires, dans l'arrêt Société des Acadiens c. Association of Parents, précité, note 3, 578 : « (...) même si certains d'entre eux ont été élargis et incorporés dans la Charte, les droits linguistiques ne reposent pas moins sur un compromis politique »; puis, à la page 579 :

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

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

tribunaux devront hésiter à servir eux-mêmes d'instruments de changement des droits linguistiques de la Charte,⁽³⁷⁷⁾ et laisser plutôt cette fonction aux acteurs politiques canadiens.

376. (suite)

Voir également l'opinion du juge Beetz, dans le même arrêt, à la page 579 :

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

Notons d'ailleurs que l'on pouvait retrouver des dispositions allant dans le même sens que l'article 16 (3) de la Charte canadienne des droits et libertés, aux articles 5 d) du projet de février 1971, 18 de la Charte de Victoria, et 20 du projet de loi C-60.

377. Voir l'opinion du juge Beetz, dans l'arrêt Société des Acadiens c. Association of Parents, précité, note 3, 578.

CONCLUSION

Nous ne sommes pas sans savoir que la thèse que nous soutenons est audacieuse. Comment, en effet, prétendre que la partie québécoise de l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 et que l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba ne peuvent être modifiés qu'avec l'accord de toutes les assemblées législatives canadiennes, sans heurter l'opinion de certains pour qui le sens commun politique commanderait que seule la province directement concernée puisse -- avec par exemple l'accord du Parlement canadien en tant que digne protecteur des intérêts de l'ensemble du pays -- opérer pareille modification? Notre thèse ne se trouve-t-elle pas, nous demanderont-ils peut-être, à défendre l'indéfendable ou, à tout le moins, l'inacceptable?

Pourtant, tant l'histoire législative de ces dispositions que l'interprétation que les tribunaux leur ont donnée, nous apprennent leur très grande importance dans le développement du fédéralisme canadien. Cette importance était telle, d'ailleurs, que même la modification de l'aspect fédéral de l'article 133 échappait au pouvoir unilatéral de modification conféré au Parlement central par l'article 91 (1) de la Loi constitutionnelle de 1867.⁽³⁷⁸⁾ Cette importance était telle, également, que tous les projets

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

de réforme constitutionnelle ont prévu l'application de la règle de l'unanimité à l'égard des deux aspects de l'article 133 et même, dans certains cas explicites, à l'égard de l'article 23,⁽³⁷⁹⁾ alors que ces projets contenaient pourtant d'autres procédures moins exigeantes qui auraient pu accueillir ces dispositions, n'eut été justement l'extrême importance que les acteurs politiques leur accordaient.⁽³⁸⁰⁾

Alors, nous répondront-ils sans doute, ce doit être que l'accord de 1982 a complètement bouleversé la situation et, plutôt que de rester fidèle aux conventions constitutionnelles qui, avant 1982, semblaient favoriser la règle de l'unanimité comme principe de modification de ces dispositions, a maintenant désigné un nouveau constituant composé du Parlement central et de la législature concernée pour parvenir à ces fins. Mais, si tel était vraiment le cas, comment expliquer que la partie fédérale de l'article 133 continue, quant à elle, à être soumise à la règle de l'unanimité, alors

379. Pareille importance n'était même pas reconnue aux dispositions constitutionnelles intéressant la Charge de la Reine. En effet, seul le projet de 1935-36 avait expressément prévu l'application de la règle de l'unanimité à l'égard de la modification de ces dispositions, pourtant maintenant clairement soumises à la règle de l'unanimité (article 41 a) de la Loi constitutionnelle de 1982).

380. Par exemple, les projets de 1935-36, 1950, le projet Fulton de 1960-61 et le projet Fulton-Favreau de 1964, prévoyaient une procédure spéciale pour les dispositions qui n'intéressaient qu'une ou que quelques provinces, au même effet que la procédure prévue dans l'actuel article 43 de la Loi constitutionnelle de 1982. Pourtant, tous ces projets avaient expressément exclu l'article 133 (dans ses deux aspects) de la portée de cette procédure, pour le soumettre plutôt à celle de l'unanimité. Il en était de même pour le projet de 1935-36, à l'égard de l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba.

qu'il n'en serait plus de même pour sa partie québécoise, pourtant toujours considérée par les tribunaux comme étant indissociable de la première? Comment expliquer également que ces dispositions soient ainsi passées de l'unanimité à la formule souple de l'article 43 b), bouleversement majeur s'il en est un, alors que toutes les autres dispositions au sujet desquelles les conventions requerraient l'unanimité avant 1982, ont continué à être soumises à cette règle même après le rapatriement, ou n'ont tout au plus été réduites qu'à la formule générale de modification? La partie provinciale de l'article 133 et l'article 23 auraient-ils ainsi perdu autant d'importance aux yeux de nos acteurs politiques? Comment expliquer enfin pareil bouleversement, alors que rien n'indique que le compromis de 1982 ait rendu inapplicable la jurisprudence qui lui était antérieure, jurisprudence qui, rappelons-le, n'avait pas ménagé les mots pour vanter les mérites des articles 133 et 23 en tant que véritables piliers du compromis canadien?

Mais enfin, seront-ils alors tentés de nous demander, le libellé de l'article 43 b) de la Loi constitutionnelle de 1982 n'est-il pas suffisamment clair pour couvrir sans l'ombre d'un doute les dispositions qui, comme la partie québécoise de l'article 133 et l'article 23, ne sont techniquement applicables qu'à une province et sont relatives à l'usage de l'anglais ou du français dans la province?⁽³⁸¹⁾ Pourtant, c'est bien plus à leur esprit qu'à leur libellé, qu'auteurs et juges ont unanimement eu recours pour faire

381. L'article 43 b) est-il si clair que cela? En fait, même Henri BRUN et Guy TREMBLAY ont affirmé, Op. Cit., note 1, à la page 366, en parlant de l'article 43 de la Loi constitutionnelle de 1982 : «La portée de ce troisième pouvoir constituant est loin d'être évidente (...)».

échapper ces dispositions aux pouvoirs unilatéraux de modification conférés au Québec et au Manitoba.⁽³⁸²⁾ N'y a-t-il pas, dès lors, lieu de se demander, comme nous l'avons fait, si l'esprit des articles 133 et 23 ne justifierait pas également que ceux-ci échappent à la portée de l'article 43 b)?

-
382. En effet, les juges et les auteurs n'ont jamais hésité à se référer à l'esprit des articles 133 et 23 -- tel qu'il ressort notamment de leur historique législatif -- pour conclure qu'ils ne faisaient pas partie de la Constitution du Canada au sens de l'article 91 (1) de la Loi de 1867, ou de la Constitution de la province au sens de l'article 92 (1) de la Loi de 1867 ou, encore maintenant, pour les exclure de la portée des articles 44 et 45 de la Loi constitutionnelle de 1982. Pourtant ne relèveraient-ils pas techniquement, si l'on ne considérait que leur libellé, de la régie interne du fédéral, du Québec ou du Manitoba, selon le cas?

Il est assez amusant de constater par ailleurs que Henri Brun et Guy Tremblay ont même eu recours à l'esprit, plutôt qu'au libellé, pour définir la portée de l'article 45 de la Loi constitutionnelle de 1982. Ils ont en effet affirmé, Op. Cit., note 1, à la page 356 :

La partie de la constitution qui peut être modifiée par simple législation provinciale est donc celle que, selon l'esprit, l'on peut considérer comme relevant de la constitution interne de la province étant donné qu'elle porte essentiellement sur les institutions de la province et sur les principes gouvernant les rapports entre ces institutions et les personnes.» [le soulignement est de nous]

De même constatons-nous que c'est davantage à l'esprit de l'article 43 b), qu'à son libellé, que Brun et Tremblay se sont référés pour opérer une distinction entre cet article et l'article 45 de la Loi de 1982. En effet, ils ont interprété l'article 43 b) comme couvrant les dispositions qui, bien que relevant techniquement de la constitution de la province, échappaient néanmoins à la portée de l'article 45 en ce qu'elles étaient, dans leur esprit, des conditions de l'union fédérative : voir Op. Cit., note 1, aux pages 366 et 367. De ce fait, ils se sont trouvés à donner à l'article 43 b) un esprit en vertu duquel il ne sera pas appelé à couvrir toutes les dispositions qui ne sont applicables qu'à une ou à certaines provinces, mais bien seulement celles de ces dispositions qui, en plus, transcenderont le seul intérêt de la province concernée : conciliation avec l'article 45 oblige!

Non, vraiment, c'est l'opinion que les articles 133 et 23 devront être modifiés en vertu de la procédure de l'article 41 c) de la Loi de 1982 que nous osons défendre. Ainsi envisagé, l'article 41 c) se trouve donc à continuer la démarche qui, selon les conventions, devait précéder l'intervention formelle de Londres pour modifier les conditions de l'union fédérative de 1867 et qui allait dans le sens -- à tout le moins quant aux plus fondamentales de ces conditions -- d'une approbation unanime des autorités législatives canadiennes.⁽³⁸³⁾ Quant à l'article 43 b), il se trouve à régir la modification des nouvelles dispositions provinciales issues du compromis de 1982 et de celles qui, souhaitons-le, s'y ajouteront.

Mais loin de nous la prétention d'avoir définitivement réglé la question; car nous devons bien admettre que la thèse contraire -- soit celle voulant que la partie provinciale de l'article 133 et que l'article 23 soient modifiables en vertu de l'article 43 b) de la Loi de 1982 -- est séduisante.

383. Henri BRUN et Guy TREMBLAY ont par exemple affirmé, au sujet de l'article 41 de la Loi constitutionnelle de 1982, Op. Cit., note 1, à la page 367 :

Cette procédure est techniquement nouvelle: elle est une des deux méthodes qui remplacent formellement la législation britannique comme moyen de changer le droit constitutionnel canadien. En pratique et compte tenu des conventions constitutionnelles, elle ne fait toutefois que continuer sur certains points la démarche qui, selon les précédents, la plupart des auteurs et le gouvernement fédéral lui-même, devait précéder l'intervention toute formelle de Londres pour modifier les conditions de l'union fédérative de 1867.

En ce qui nous concerne, nous faisons ressortir de ces propos une autre invitation à inclure les articles 133 et 23 sous la portée de l'article 41 c) de la Loi de 1982.

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

B I B L I O G R A P H I E

Monographies et recueils

- BASTARACHE, M. et autres, Les droits linguistiques au Canada, Montréal, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1986, 576 p.
- BEAUDOIN, G.-A. et W. S. TARNOPOLSKY (dir.), Charte canadienne des droits et libertés, Montréal, Wilson & Lafleur, 1982, 770 p.
- BEAUDOIN, G.-A., Le partage des pouvoirs, 3e édition, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1983, 634 p.
- BONENFANT, J.-C., La Constitution, Montréal, La Presse Ltée, 1976, 29 p.
- BOWSFIELD, H., Louis Riel, Rebel of the Western Frontier or Victim of Politics and Prejudice?, Issues in Canadian History, Toronto, The Copp Clark Publishing Company, 1969, 226 p.
- BRUN H. et G. TREMBLAY, Droit constitutionnel, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1987, 798 p.
- CHEVRETTE, F. et H. MARX, Droit constitutionnel, notes et jurisprudence, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1982, 1728 p.
- FRIESEN, G., The Canadian Prairies, Toronto, University of Toronto Press, 1984, 524 p.
- GÉRIN-LAJOIE, P., Constitutional Amendment in Canada, Toronto, University of Toronto Press, 1950, 340 p.
- HOGG, P. W., Canada Act 1982 Annotated, Toronto, The Carswell Company Limited, 1982, 155 p.
- HOGG, P. W., Constitutional Law of Canada, Toronto, The Carswell Company Limited, 1977, 548 p.
- JENNINGS, I., The Law and the Constitution, 5e édition, Londres, University of London Press Ltd., 1964, 354 p.
- MARX, H., Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle au Canada, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1974, 761 p.
- MORTON, A. S., A History of the Canadian West to 1870-71, 2e édition, Toronto, University of Toronto Press, 1973, 1039 p.
- PATRY, R. J., La législation linguistique fédérale, Documentation du Conseil de la langue française, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1981, 108 p.

- POPE, J., Confederation Documents, Toronto, The Carswell Co., 1895, 324 p.
- RÉMILLARD, G., Le fédéralisme canadien : éléments constitutionnels de formation et d'évolution, Montréal, Québec/Amérique, 1983, 734 p.
- SCELLE, G., Le droit constitutionnel international, Mélanges Carré de Malberg, Paris, Sirey, 1933,
- SCHWARTZ, B., Fathoming Meech Lake, Winnipeg, Legal Research Institute of the University of Manitoba, 1987, 264 p.
- TREMBLAY, A., Précis de droit constitutionnel, Montréal, Éditions Thémis Inc., 1982, 341 p.
- WADE, M., Les Canadiens français de 1760 à nos jours, Tome I, Ottawa, Le Cercle du Livre de France, 1963, 685 p.

Documents parlementaires et rapports

BONENFANT, J.-C., La compétence constitutionnelle et juridique pour instituer une ou des langues officielles au Québec. Opinion, dans La situation de la langue française au Québec, Rapport de la Commission d'enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques au Québec, Livre II, Québec, Éditeur officiel, 1972, 258-291

CHRÉTIEN, J., Le rôle du Royaume-Uni dans la modification de la Constitution du Canada, Ottawa, Publications Canada, 1981, 62 p.

Débats de la Chambre des Communes du Canada, 1ère session, 30e législature, Vol. XII, 23 mars au 4 mai 1976, pp. 12043-13189.

FAVREAU, G., Modification de la Constitution du Canada, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965, 134 p.

Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces, 3rd Session, 8th Provincial Parliament of Canada, Quebec, Parliamentary Printers, 1865, 1027 p.

Propositions constitutionnelles 1971-1978, Ottawa, Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes, 1978, 410 p.

La Révision constitutionnelle 1968-1971, Rapport du secrétaire, Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes, Ottawa, Information Canada, 1974, 515 p.

SHEPPARD, C.-A., The Law of Languages in Canada, Ottawa, Studies of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, 1971, 414 p.

Articles de revue

- BASTARACHE, M., Pour réussir le bilinguisme judiciaire au Nouveau-Brunswick, (1983) 24 C. de D. 55-67
- BEAUDOIN, G.-A., Le décor historique et constitutionnel, (1983) 14 R.G.D. 227-238
- BISSON, A.-F., La Charte québécoise des droits et libertés de la personne et le dogme de l'interprétation spécifique des textes constitutionnels, (1986) 17 R.D.U.S. 19-48
- BRADY, A., Constitutional Amendment and the Federation, (1963) 29 Can. J. of E.P.S., 486-494
- BRUN, H. et G. TREMBLAY, Les langues officielles au Canada, (1979) 20 C. de D. 69-93
- CARIGNAN, P., De la notion du droit collectif et de son application en matière scolaire au Québec, (1984) 18 R.J.T. 1-103
- CHEFFINS, R. I., The Constitution Act, 1982 and the Amending Formula: Political and Legal Implications, (1982) 4 Supreme Court L. R. 43-54
- CLOKIE, H. McD., Basic Problems of the Canadian Constitution, (1942) 8 Can. J. of E.P.S. 1-32
- DE MESTRAL, A. L. C. et W. FRAIBERG, Language Guarantees and the Power to Amend the Canadian Constitution, (1966-67) 12 McGill L. J., 502-519
- DESCHÈNES, J., L'évolution historique du statut juridique des langues au Canada, (1983) 24 C. de D. 23-40
- DRIEDGER, E. A., Constitutional Amendment in Canada, (1962) 5 C.B.J. 52-59
- FOUCHER P. et G. SNOW, Le régime juridique des langues dans l'administration publique au Nouveau-Brunswick, (1983) 24 C. de D. 81-113
- GÉRIN-LAJOIE, P., Du pouvoir d'amendement constitutionnel au Canada, (1951) 29 Can. Bar Rev. 1136-1179
- HOGG, P. W., Comments/Commentaires, (1980) 58 R. du B. Can., 631-645

- LASKIN, B., Amendment of the Constitution: Applying the Fulton-Favreau Formula, (1965) 11 McGill L. J. 2-18
- LEDERMAN, W. R., The Process of Constitutional Amendment for Canada, (1966-67) 12 McGill L. J., 371-383
- MAGNET, J. E., Canada's System of Official Bilingualism: Constitutional Guarantees for the Legislative Process, (1986) 18 Ottawa Law Review, 227-257
- MAGNET, J. E., The Charter's Official Languages Provisions: The Implications of Entrenched Bilingualism, (1982) 4 Supreme Court L. R., 163-193
- MAGNET, J. E., Court Ordered Bilingualism, (1981) 12 R.G.D. 237-244
- MAGNET, J. E., Minority-Language Educational Rights, (1982) 4 Supreme Court L. R., 195-216
- MARX, H., Language Rights in the Canadian Constitution, (1967) 2 R.J.T. 239-286
- MAZER, B. M., Sovereignty and Canada: An Examination of Canadian Sovereignty from a Legal Perspective, (1977-78) 42 Sask. Law Rev., 1-15
- MORIN, J.-Y., Les dessous de la formule Fulton-Favreau, (1966-67) 12 McGill L. J. 394-396
- NANTEL, M., La langue française au Palais, (1945) 5 R. du B., 201-216
- PATENAUDE, P., La protection linguistique au Nouveau-Brunswick, un exemple à ne pas suivre pour une nouvelle constitution canadienne, (1979) 57 R. du B. Can. 657-668
- PIGEON, L.-P., Le sens de la formule Fulton-Favreau, (1966-67) 12 McGill L. J. 403-419
- PROULX, D., La précarité des droits linguistiques scolaires ou les singulières difficultés de la mise en oeuvre de l'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés, (1983) 14 R.G.D. 335-370
- PRUJINER, A., Le bilinguisme judiciaire au Québec, (1983) 24 C. de D. 41-53
- RÉMILLARD, G., Historique du rapatriement, (1984) 25 C. de D. 15-97
- SCOTT, F. R., The British North America Act (N^o 2), 1949, (1949-50) VIII U.T.L.J. 201-207
- SCOTT, S. A., Bill C-60: Or, How not to Draft a Constitution, (1979) 57 R. du B. Can. 587-608

- TREMBLAY, A., L'interprétation des dispositions constitutionnelles relatives aux droits linguistiques, (1983) 13 Man. L. J. 651-662
- TREMBLAY, G., La Cour suprême et l'amendement constitutionnel, (1980) 21 C. de D. 31-41
- TREMBLAY, G., La procédure de modification de la Constitution du Canada et ses puzzles, (1983) 43 R. du B., 1151-1159

TABLE DES JUGEMENTS

- Alliance des professeurs de Montréal c. P. G. du Québec, [1985] C.S. 1272-1281
- Alliance des professeurs de Montréal c. P. G. du Québec, [1985] C.A. 376-386.
- Blaikie et autres c. Procureur général du Québec et Procureur général du Canada, [1978] C.S. 37-58.
- Canadian Federation of Agriculture c. Attorney General for Quebec and others, [1951] A.C. 179-201.
- Devine c. Procureur général du Québec, [1982] C.S. 355-380.
- Forest c. Attorney General of Manitoba and Attorney General of Canada, [1979] 4 W.W.R. 229-248.
- Forest c. Registrar of Court of Appeal of Manitoba, [1977] 5 W.W.R. 347-373.
- Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick, [1975] 2 R.C.S. 182-199.
- MacDonald c. Ville de Montréal, [1986] 1 R.C.S. 460-548.
- Procureur général du Manitoba c. Forest, [1979] 2 R.C.S. 1032-1040.
- Procureur général du Québec c. Blaikie et autres, [1978] C.A. 351-363.
- Procureur général du Québec c. Blaikie (Blaikie n° 1), [1979] 2 R.C.S. 1016-1031.
- Procureur général du Québec c. Blaikie et autres (Blaikie n° 2), [1981] 1 R.C.S. 312-334.
- Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards et al, [1984] 2 R.C.S. 66-92.
- R. c. Mercure, [1988] 1 R.C.S. 234-326.
- R. c. Murphy, Ex Parte Belisle and Moreau, (1968) 69 D.L.R. (2d) 530-536.
- Renvoi : compétence du Parlement relativement à la Chambre haute, [1980] 1 R.C.S. 54-79.
- Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721-783.
- Renvoi : Résolution pour modifier la constitution, [1981] 1 R.C.S. 753-911.
- Russell c. The Queen, (1881-82) 7 A.C. 829-842.

Société des Acadiens c. Association of Parents, /1986/ 1 R.C.S. 549-648.

Trustees of the Roman Catholic Separate Schools c. Mackell, /1917/ A.C. 62-83.

Union Colliery Co. c. Bryden, /1899/ A.C. 580-588.