

## Article

---

« La protection constitutionnelle des minorités »

Gérald-A. Beaudoin

*Les Cahiers de droit*, vol. 27, n° 1, 1986, p. 31-52.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/042721ar>

DOI: 10.7202/042721ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

---

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

---

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : [info@erudit.org](mailto:info@erudit.org)

## Les droits des minorités : mythe ou réalité ?

# La protection constitutionnelle des minorités

---

Gérald-A. BEAUDOIN \*

*The author outlines areas covered by constitutional texts and in doing so points to various deficiencies. The first one is brought on by the override clause provided in Section 33 of the Charter which makes it possible to suspend certain rights and a second one is found in the fact that the Charter does not deal with social and economic rights, a deficiency which is most likely to be perceived by members of a minority.*

*His observations lead him to conclude that the courts will have to assume an activist role in order to implement various rights.*

---

	<i>Pages</i>
<b>Introduction</b> .....	32
<b>1. L'éducation</b> .....	33
1.1. Les droits confessionnels .....	35
1.2. Droits linguistiques en matière d'éducation pour la minorité de langue officielle .....	37
1.3. Le droit de retrait avec compensation.....	39
1.4. Questions en suspens.....	39
<b>2. Les langues</b> .....	41
2.1. Droits collectifs, droits individuels, droits enchâssés .....	43
2.2. La conjugaison des articles de la Charte .....	44
<b>3. La culture</b> .....	45
<b>4. La multiculturalité</b> .....	45
<b>5. Les peuples autochtones</b> .....	46
<b>6. Les minorités ethniques ou nationales</b> .....	47

---

\* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université d'Ottawa.

	<i>Pages</i>
7. Les comtés électoraux protégés .....	48
8. Un code civil pour les Québécois .....	48
9. Un Sénat par « régions ».....	49
10. L'égalité des sexes.....	50
Conclusion.....	51

---

## Introduction

La *Loi constitutionnelle de 1867* traite de garanties constitutionnelles pour les minorités aux articles 80, 91(24), 92(13), 93, 94, 98 et 133 ; c'est assez peu ! Il est heureux que la *Loi constitutionnelle de 1982* soit venue changer cette situation.

Notre Constitution ne définit pas le terme « minorité », non plus qu'aucun texte législatif d'organismes internationaux.

Qu'entend-on par le vocable « minorité » ? Dans son étude sur les minorités, le professeur Yves deMontigny écrit : « ... le couple majorité/minorité exprime avant tout une relation numérique entre deux portions d'un tout ». Ainsi les francophones sont minoritaires par rapport aux anglophones dans l'ensemble du Canada. Un individu cependant peut être majoritaire sur un plan et minoritaire sur un autre. On peut aussi élargir le sens du mot « minorité » de façon à y inclure les minorités en terme de force, de pouvoir <sup>1</sup>.

---

1. Y. DEMONTIGNY, « L'O.N.U. et la protection internationale des minorités depuis 1945 », (1978) 13 *R.J.T.* 389, p. 400-402.

À la page 402, l'auteur écrit :

1) Le terme « minorité » réfère à tous les types de minorité numérique que l'on peut rencontrer au sein d'un État ou d'une organisation ; 2) en prenant pour acquis que certains droits et privilèges doivent être consentis aux minorités, il faudra néanmoins opérer une certaine sélection et n'accorder un traitement juridique particulier qu'à certains types de minorité. Ce choix, d'ordre politique et philosophique, devra s'inspirer du but visé par la protection des minorités, à savoir la préservation de certains caractères distinctifs contre l'assimilation de la majorité. Pour bien marquer la spécificité de ces minorités, on parlera de minorité linguistique, ethnique, religieuse, etc., selon les critères que l'on aura adoptés (ou qui auront été adoptés par les autorités compétentes) ; 3) enfin, il peut arriver que les minorités qui répondent par ailleurs aux critères sélectionnés (i.e. langue, religion, etc.) soient, *de facto* ou en vertu de la Constitution, dans une position de force par rapport à la majorité. Inversement, des majorités linguistiques, religieuses ou ethniques peuvent être soumises à la loi de la minorité. Pour pallier à cette difficulté, deux solutions terminologiques peuvent être envisagées : ou l'on élargit le sens du mot minorité de façon à y

Considérons sans plus tarder les domaines protégés par nos textes constitutionnels :

1. L'éducation
2. Les droits linguistiques
3. La culture
4. La multiculturalité
5. Les peuples autochtones
6. Les minorités ethniques
7. Les comtés électoraux protégés du Québec
8. Le Code civil du Bas-Canada
9. La composition du Sénat
10. La question de l'égalité des sexes

### 1. L'éducation

L'éducation tenait une large part en 1867 tout comme aujourd'hui d'ailleurs. Au chapitre du partage des compétences législatives on y a consacré un article distinct. Aux yeux du juge en chef Duff, l'un de nos plus grands juristes, ce fut là l'un des points cardinaux du grand compromis de 1867<sup>2</sup>. On attribua ce domaine aux provinces, mais non sans l'avoir assorti de garanties constitutionnelles pour protéger les droits confessionnels des groupes catholiques et protestants qui constituaient la quasi-totalité de la population, et aussi, pour protéger le droit à la dissidence. On imagina, en plus, un recours supplétif et conditionnel possible auprès des autorités politiques centrales, recours qui s'avéra peu efficace lors de l'épisode des *Écoles du Manitoba*, de 1890 à 1896, et qui, depuis, est tombée en désuétude<sup>3</sup>.

Cet article 93 se lit comme suit :

Dans chaque province et pour chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur l'éducation, sous réserve et en conformité des dispositions suivantes :

- (1) Rien dans cette législation ne devra préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles ;

---

inclure non seulement les minorités numériques, mais également les minorités en terme de force effective, de pouvoir politique, ou l'on adopte un autre vocable, tels que « groupe » ou « communauté », qui n'a aucune connotation numérique. Nous verrons un peu plus loin que la tendance actuelle semble favoriser la deuxième approche.

2. *In Re Adoption Act of Ontario*, [1938] S.C.R. 398, p. 402.

3. G.A. BEAUDOIN, « La loi 22 : à propos du désaveu, du référé et de l'appel à l'exécutif fédéral », (1974) 5 *R.G.D.* 385. La protection existe toujours en droit ; mais, en fait, tout est tombé en désuétude depuis bientôt un siècle. On n'imagine guère que l'autorité fédérale intervienne en pareil cas.

- (2) Tous les pouvoirs, privilèges et devoirs conférés ou imposés par la loi dans le Haut-Canada, lors de l'Union, aux écoles séparées et aux syndicats d'écoles des sujets catholiques romains de la Reine, seront et sont par les présentes étendus aux écoles dissidentes des sujets protestants et catholiques romains de la Reine dans la province de Québec ;
- (3) Dans toute province où un système d'écoles séparées ou dissidentes existe en vertu de la loi, lors de l'Union, ou sera subséquemment établi par la Législature de la province, il pourra être interjeté appel au gouverneur général en conseil de tout acte ou décision d'une autorité provinciale affectant l'un quelconque des droits ou privilèges de la minorité protestante ou catholique romaine des sujets de la Reine relativement à l'éducation ;
- (4) Lorsqu'on n'aura pas édicté la loi provinciale que, de temps à autre, le gouverneur général en conseil aura jugée nécessaire pour donner la suite voulue aux dispositions du présent article, — ou lorsqu'une décision du gouverneur général en conseil, sur un appel interjeté en vertu du présent article, n'aura pas été dûment mise à exécution par l'autorité provinciale compétente en l'espèce, — le Parlement du Canada, en pareille occurrence et dans la seule mesure où les circonstances de chaque cas l'exigeront, pourra édicter des lois réparatrices pour donner la suite voulue aux dispositions du présent article, ainsi qu'à toute décision rendue par le gouverneur général en conseil sous l'autorité de ce même article.

Les garanties enchâssées à l'article 93 firent l'objet d'arrêts célèbres dès le début de la fédération et surtout à partir des années 1890<sup>4</sup> avec l'arrêt *Barrett*. Les groupes catholiques et protestants s'aperçurent alors que ces garanties étaient relatives, vu qu'elles laissaient libre cours par exemple à une double taxation possible. Il fallut bon nombre de décennies pour en venir à des compromis politiques acceptables en ce domaine.

Les minorités découvrirent aussi en 1917<sup>5</sup> que la langue d'enseignement n'était pas protégée par l'article 93. Ce n'est qu'en 1982 avec l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés* que cette lacune fut comblée, causant entre temps un tort immense aux minorités francophones hors Québec et secouant durement la fédération canadienne.

L'éducation demeure une chasse-gardée des provinces en vertu de l'article 93. Cet article 93 est assujéti à deux garanties constitutionnelles : confessionnelle, depuis le début, et depuis 1982, linguistique. C'est le seul domaine de la Constitution qui se trouve dans une pareille situation. Les

---

4. *Ex parte Renaud*, (1872-73) 14 N.B.R. 273 ; *City of Winnipeg v. Barrett*, [1892] A.C. 445 ; *Brophy v. A.G. Manitoba*, [1895] A.C. 202 ; *Roman Catholic Separate School Trustees for Tiny v. The King*, [1928] A.C. 363. Dans cet arrêt, la Cour adopta une attitude moins légaliste que dans l'arrêt *Barrett*. Voir une étude de F. CHEVRETTE, H. MARX et A. TREMBLAY, *Les problèmes constitutionnels posés par la restructuration scolaire de l'Île de Montréal*, Québec, Éditeur officiel, 1971. Voir P. CARRIGAN, « De la notion de droit collectif et de son application en matière scolaire au Québec », (1984) 18 *R.J.T.* 1-103.

5. *Trustees of the Roman Catholic Separate Schools for Ottawa v. MacKell*, [1917] A.C. 62.

réformes en matière d'éducation ne seront pas faciles et exigeront une grande dextérité législative. Il ne faut peut-être pas se surprendre outre mesure que les projets de loi se succèdent sans trop de succès dans certaines provinces.

### 1.1. Les droits confessionnels

Nombreux sont les arrêts rendus en la matière par le Comité judiciaire du Conseil privé, comme nous l'avons dit ci-haut.

Nous nous attarderons cependant à un arrêt récent de la Cour suprême du Canada, l'affaire *Greater Hull School Board*<sup>6</sup>. Dans cette instance, la Cour suprême invalida les articles 339, 346, 353, 362, 366, 375, 382, 495, 498, 499 et 500 de la loi québécoise sur la fiscalité municipale au motif qu'ils « omettent de décréter que les subventions doivent être distribuées sur une base proportionnelle et parce qu'au cas de référendum la volonté d'une commission scolaire peut être assujettie à la volonté d'électeurs autres que ses administrés... »<sup>6a</sup>

La Cour suprême dans cet arrêt récent sur la Loi 57 n'écarte pas, bien au contraire, l'arrêt *Hirsch*<sup>7</sup> qui demeure capital parce qu'il a bien campé la portée de l'article 93. Ce dernier arrêt sert en quelque sorte de point d'appui au premier.

La Cour établit que :

En 1867, le droit des protestants et des catholiques romains de diriger et de contrôler leurs propres écoles confessionnelles était reconnu par la loi. En matière de financement, la loi conférait, entre autres, aux commissaires et aux syndic d'écoles le droit de recevoir des subventions sur une base proportionnelle et le droit de prélever des taxes de leurs administrés dans les limites de « leurs municipalités respectives ».

Les commissaires et les syndic d'écoles ne constituent pas en eux-mêmes une classe de personnes visées par le par. 93(1), mais ce sont les représentants de cette classe aux fins de la gestion des écoles confessionnelles.

[Il faut, selon la Cour, cinq conditions pour l'application de la garantie de l'article 93 : un droit ou privilège relatif à une école confessionnelle, une classe particulière, une loi, au moment de l'Union, et un droit auquel on porte préjudice.]

À Montréal et à Québec [en 1861] il existait des écoles communes auxquelles avaient accès tous les enfants âgés de cinq à seize ans. Ces écoles étaient

6. *Greater Hull School Board et Lavigne v. P.Q. du Québec*, [1981] C.S. 337 ; [1983] C.A. 370, [1984] 2 R.C.S. 575 ; 56 N.R. 93. Au sujet du contrôle des groupes catholiques et protestants sur leurs écoles, on lira avec profit la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Caldwell*, 56 N.R. 83.

6a. *P.G. (Qué.) c. Greater Hull School Board*, [1984] 2 R.C.S. 575, p. 598.

7. *Hirsh v. P.B.S.C.M.*, [1928] A.C. 200.

dirigées et contrôlées par deux groupes de commissaires, l'un catholique et l'autre protestant. Toutes ces écoles étaient confessionnelles.

[...]

À l'extérieur de Montréal et de Québec il existait des écoles communes dans chaque municipalité, lesquelles étaient également dirigées et contrôlées par des commissaires d'écoles. Ceux-ci étaient élus. Suivant l'arrêt *Hirsch* [...] ces écoles étaient non-confessionnelles.

Dans ces municipalités les membres d'un groupe religieux minoritaire avaient le droit de créer une ou des écoles dissidentes dirigées et contrôlées par des syndic élus par eux. Ces écoles dissidentes étaient confessionnelles.

[...]

Quant au financement, il provenait de trois sources : les subventions gouvernementales, les taxes et les frais de scolarité [...] Il existait un fond des écoles communes duquel les commissaires et syndic d'école avaient le droit de recevoir une part proportionnelle.

... le nouveau régime de financement [Loi 57], au lieu d'être fondé principalement sur la taxation comme l'ancien, est à base de subventions, la taxation devenant un moyen complémentaire.<sup>7a</sup>

Si les législatures provinciales doivent respecter les droits confessionnels que les groupes catholiques et protestants détenaient en 1867, il ressort cependant de l'arrêt *Hirsch* qu'elles peuvent aussi établir un secteur neutre, un secteur judaïque, musulman ou autre.

Depuis 1982, l'éducation religieuse continue d'être protégée par un article spécial de la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982, soit l'article 29. Les garanties confessionnelles de l'article 93 demeurent intactes ; sur ce plan, la Charte ne modifie rien. Le juge André Brossard dans l'affaire *C.E.C.M.*<sup>8</sup> vient d'affirmer que par l'effet de l'article 29 de la Charte, l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* l'emporte même sur l'article 2 de la Charte, puisqu'il débute par une clause dérogatoire. Cet article 29 stipule :

Les dispositions de la présente charte ne portent pas atteinte aux droits ou privilèges garantis en vertu de la Constitution du Canada concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles.

L'interaction entre l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'article 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés* devra tôt ou tard faire l'objet d'une ou deux décisions de notre plus haut tribunal.

<sup>7a</sup>. *Supra*, note 6(a), p. 577, 580, 586 et 587.

8. *Commission des écoles catholiques de Montréal c. P.G. Québec, C.S., Mtl*, 25 juin 1985 (500-05-001691-854), J.E. 85-693.

Au Canada, il n'y a pas de religion d'État comme l'affirme le juge Taschereau dans l'arrêt *Chaput v. Romain*<sup>9</sup>, et, dans le *Renvoi sur la loi 101*<sup>10</sup>, la Cour suprême affirme en *obiter dictum* que ce serait aller à l'encontre de l'article 2 de la Charte que d'imposer une religion d'État.

Dans l'arrêt *Big M. Drug Mart*<sup>11</sup>, la Cour suprême du Canada déclare que le Parlement en vertu de l'article 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* peut légiférer sur l'observance du dimanche mais que la *Loi sur le dimanche* viole le principe de la liberté de religion énoncée à l'article 2 de la Charte et que l'article 1 de cette Charte ne peut légitimer pareille loi. Elle mentionne en passant l'interaction entre les articles 93 et 2 mais ajoute que la Cour pour le moment n'a pas à se prononcer sur ce point.

Au nom de ses collègues, le juge en chef Dickson écrit :

L'égalité nécessaire pour soutenir la liberté de religion n'exige pas que toutes les religions reçoivent un traitement identique. En fait, la véritable égalité peut fort bien exiger qu'elles soient traitées différemment.

[...]

Il faudra attendre d'autres affaires pour décider dans quelle mesure la Charte permet à l'État de soutenir financièrement certaines religions ou institutions religieuses ou de leur accorder un traitement préférentiel. Nous ne sommes pas saisis de cette question en l'espèce.

Au Québec, les droits confessionnels comprennent le droit à des écoles confessionnelles à Montréal et Québec et à l'extérieur, le droit à la dissidence ; ils comprennent aussi le droit de gérance, le droit d'engager les professeurs, le droit de choisir les manuels, le droit de taxer. Cette liste ne se veut pas limitative.

## 1.2. Droits linguistiques en matière d'éducation pour la minorité de langue officielle

L'article 23 de la Charte constitutionnelle vient ajouter une garantie sur le plan linguistique en matière d'éducation. C'est un événement considérable. Cet article s'applique aux dix provinces comme l'affirme la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi sur la Charte de la langue française* (Loi 101).

Cet article prévoit que :

(1) Les citoyens canadiens :

a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,

9. *Chaput v. Romain*, [1955] R.C.S. 834.

10. *Renvoi sur la Loi 101*, [1984] 2 R.C.S. 66.

11. *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295 (C.S.C.).



- b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,
- ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.
- (2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.
- (3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province :
- a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité ;
- b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics.

La Cour d'appel de l'Ontario dans le *Renvoi sur la loi d'éducation en Ontario*<sup>12</sup> prit, de façon unanime, l'attitude suivante :

- L'article 23 confère aux parents qui répondent aux critères de l'article 23 le *droit* de faire instruire leurs enfants aux niveaux primaire et secondaire dans la langue de la minorité francophone (en Ontario), en autant que le nombre le justifie, et, le *droit* de faire instruire leurs enfants dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés à partir des fonds publics.
- Toute limite à ces droits ne peut être laissée à la discrétion absolue des commissions scolaires, peu importe que lesdites commissions soient des plus compétentes et des mieux disposées. Cette discrétion ne s'exerce que pour le nombre des parents qualifiés, considéré de façon objective. La rigidité de la loi ontarienne sur ce plan entraîne la nullité des articles 258(2) et 262(2). La garantie s'exerce à la largeur de la province.
- L'article 23 veut dire que les citoyens de l'Ontario qui sont de la minorité linguistique francophone et qui ont droit que leurs enfants

12. *Reference Re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights*, (1984) 47 O.R. (2d) 1 (Ont. C.A.).

reçoivent leur instruction en français ont le droit de diriger et de contrôler les classes où se donnent les cours et les établissements d'enseignement.

- L'article 23 ne fait pas de distinction entre les écoles confessionnelles et celles qui n'ont aucune confession. L'article 23 s'applique au système confessionnel et au secteur neutre.<sup>13</sup>

Certaines expressions à l'article 23 sont demeurées relativement vagues. Le constituant de 1981 n'a pas pu ou n'a pas voulu être plus précis. Ce sont donc les tribunaux qui donneront aux mots employés leur signification véritable.

### 1.3. Le droit de retrait avec compensation

L'éducation jouit d'une autre protection au chapitre de la formule de modification constitutionnelle, plus précisément aux articles 38 et 40 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Si sept provinces, regroupant 50% de la population, décidaient par hypothèse de transférer ce domaine au Parlement central, l'amendement constitutionnel aurait lieu. Cependant une province dissidente pourrait choisir de retenir sa compétence en la matière et recevrait dès lors obligatoirement une « juste compensation » de la part des autorités fédérales. Pour le Québec, seul endroit où les francophones sont majoritaires, cette disposition est d'une importance cardinale. Ainsi les francophones québécois, minoritaires sur le plan canadien, peuvent-ils ici s'opposer à la centralisation sur ce plan. Ils peuvent retenir leur compétence sans subir une perte économique considérable.

L'article 40 est ainsi libellé :

Le Canada fournit une juste compensation aux provinces auxquelles ne s'applique pas une modification faite conformément au paragraphe 38(1) et relative, en matière d'éducation ou dans d'autres domaines culturels, à un transfert de compétences législatives provinciales au Parlement.

### 1.4. Questions en suspens

Malgré que le nombre des litiges sur la portée de l'article 93 soit élevé, plus d'une question reste à élucider : est-ce le niveau primaire seul qui est protégé à l'article 93 ? Sont-ce les territoires géographiques montréalais et québécois de 1867 ou ceux d'aujourd'hui qui sont protégés ?<sup>14</sup> Dans son

13. Il s'agit ici d'une traduction qui s'inspire du sommaire de l'arrêt.

14. Dans l'affaire *Notre-Dame des Neiges*, le juge en chef Deschênes affirme en *obiter dictum* que seul le niveau primaire est protégé. L'affaire est en appel.

Dans l'arrêt du 20 décembre 1984 sur la *Loi 57* (l'affaire *Greater Hull School Board*, *supra*,

arrêt *Greater Hull School Board*, la Cour suprême a déclaré qu'elle n'avait pas à répondre à ces deux questions pour disposer du cas devant elle.

Nous avons déjà un *obiter dictum* du juge Deschênes dans l'affaire *Notre-Dame des Neiges* qui restreint la protection constitutionnelle de l'article 93 au niveau primaire. Les professeurs Chevette, Marx et Tremblay sont également de cet avis<sup>15</sup>. Cependant le juge André Brossard vient de décider dans l'affaire *C.E.C.M.* que le niveau secondaire est protégé également<sup>16</sup>.

Pour ce qui est des territoires montréalais et québécois, le professeur Carignan en est venu à la conclusion qu'il s'agit bien des territoires existants en 1867. M. le juge André Brossard dans l'affaire *C.E.C.M.* juge que ce sont les territoires actuels de Montréal et de Québec et non ceux de 1867 qui sont protégés. L'affaire est actuellement en appel.

Au moment où ces lignes sont écrites, on remet en question la constitutionnalité du geste de l'ancien premier ministre de l'Ontario, M. William Davies, qui peu avant son départ avait annoncé que l'Ontario verserait des subventions aux écoles catholiques pour les années 10 et 11. M<sup>e</sup> John Robinette, en s'appuyant sur l'arrêt *Tiny*<sup>17</sup>, prétend que l'article 93 n'offre une garantie qu'au niveau primaire. Là prend fin selon lui la protection constitutionnelle octroyée par l'article 93. Si le législateur ontarien donne plus aux catholiques qu'aux autres groupes religieux, il s'expose alors à enfreindre, selon lui, après le 17 avril 1985, l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui consacre les droits à l'égalité. Le litige a été entendu par la Cour d'appel de l'Ontario à la fin de septembre et au début d'octobre 1985. L'affaire est en délibéré.

À supposer que seul le niveau primaire soit protégé par l'article 93, la question exige en tout état de cause une étude plus poussée. Il faut se demander si les catholiques ne pourraient pas invoquer victorieusement le paragraphe 2 de l'article 15 de la Charte qui traite de programmes possibles de promotion sociale.

---

note 6(a), le juge Julien Chouinard au nom de ses collègues de la Cour suprême remarque, p. 597 :

« Il n'est pas nécessaire à mon avis, pour les fins de ce pourvoi, de déterminer si les dispositions de l'art. 93 s'appliquent, quant à Québec et Montréal, uniquement au niveau élémentaire d'enseignement et aux territoires de ces deux villes, tels qu'ils étaient délimités en 1867 ».

15. F. CHEVETTE, H. MARX et A. TREMBLAY, *supra*, note 4, p. 65.

16. *Supra*, note 8.

17. *Tiny*, *supra*, note 4.

## 2. Les langues

Dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, le juge en chef Dickson au nom de ses collègues remarque :

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 êtres humains de délimiter les droits et obligations qu'ils ont les uns envers les autres et ainsi, de vivre en société.<sup>17a</sup>

En 1867, *les droits linguistiques* furent enchâssés à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. De façon imparfaite, comme on devait s'en rendre compte par la suite. Cet article porte sur les langues législative, parlementaire et judiciaire au Québec et dans l'ordre fédéral de gouvernement<sup>18</sup>. Le français ne fut protégé dans aucune des trois autres provinces d'alors, pas même au Nouveau-Brunswick, ce qui ne manque pas de nous surprendre<sup>19</sup>.

Cet article 133 se lit comme suit :

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 registres, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire. En outre, dans toute plaidoirie ou pièce de procédure devant les tribunaux du Canada établis sous l'autorité du présent acte, ou émanant de ces tribunaux, et devant les tribunaux de Québec, ou émanant de ces derniers, il pourra être fait usage de l'une ou l'autre de ces langues.

Les lois du Parlement du Canada et de la Législature de Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues.

Le français fut protégé au Manitoba lors de l'entrée de cette province dans la fédération en 1870. Sir Georges-Étienne Cartier rêvait d'en faire un second Québec. L'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* reprend en substance pour le Manitoba les dispositions contenues à l'article 133 pour le Québec. Cependant le Manitoba écarta par une loi en 1890 cette protection. Deux jugements de tribunaux inférieurs prononcèrent l'invalidité de cette mesure, jugements que le Manitoba choisit d'ignorer. Ce n'est qu'en 1979 que la Cour suprême du Canada eut l'occasion de décréter que le Manitoba

17<sup>a</sup>. *Renvoi sur l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba*, (1985) 59 N.R. 321 (C.S.C.), p. 345.

18. Voir les arrêts *Jones v. P. G. N.B.*, [1975] 2 R.C.S. 182 et *P. G. (Qué.) c. Blaikie* n° 1, [1979] 2 R.C.S. 1016; *P. G. (Qué.) c. Blaikie* n° 2, [1981] 1 R.C.S. 312.

19. Voir R. PATRY, *La législation linguistique fédérale*, Éditeur officiel du Québec, 1981. Les Acadiens, comme le souligne l'auteur, étaient pourtant très nombreux. (P. 33)

devait se conformer à cet article 23<sup>20</sup>. Le Manitoba ne pouvait unilatéralement biffer cette garantie constitutionnelle. La Cour suprême du Canada, en juin 1985, dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, déclara que cet article 23 est impératif et que les lois adoptées en anglais seulement sont invalides ; toutefois, a-t-elle ajouté, ces lois sont réputées temporairement valides à compter de la date du jugement jusqu'à l'expiration du délai minimum requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier. La Cour doit bientôt entendre les parties pour fixer ce délai minimum.

La Constitution, en 1982, a subi de vastes changements au plan des droits linguistiques. Les articles 14, 16 à 22 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, sont venus s'ajouter aux articles 133 et 23 précités et à l'article 91(1) maintenant abrogé<sup>21</sup>. Le Nouveau-Brunswick a accepté d'être lié par les articles de la Charte relatifs aux langues officielles. C'est là une protection linguistique considérable pour la minorité acadienne. Pour le Manitoba, l'article 23 de sa loi constitutive demeure intact.

Les articles 16 à 20 vont beaucoup plus loin que les articles 133 et 23. Ils touchent de plus à certains services fort importants. Ils établissent un bilinguisme institutionnel. Il est à souhaiter que d'autres provinces suivront l'exemple du Nouveau-Brunswick.

Dans l'ordre fédéral de gouvernement, l'article 16 pose le principe de l'égalité des deux langues. Pour la minorité francophone du Canada, c'est là une très grande protection constitutionnelle.

Si au niveau fédéral les deux langues sont officielles, il n'en est pas ainsi dans l'ordre provincial, où l'asymétrie prévaut.

Un nombre considérable d'arrêts de toute première importance ont été rendus en matière linguistique ; à titre d'exemples, citons les arrêts *Jones* sur la validité de la loi fédérale sur les langues officielles, *Forest* sur l'invalidité de la loi manitobaine de 1890 qui écartait l'usage du français dans les lois, *Blaikie* n° 1 et *Blaikie* n° 2 sur l'invalidité des articles 7 à 13 de la Loi 101, et enfin le célèbre *Renvoi sur l'article 23 de la Loi sur le Manitoba*<sup>22</sup>. Ces arrêts portent sur l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*.

20. *P.G. Manitoba c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032.

21. *Acte de l'Amérique du Nord Britannique*, (n° 2), 1949, 13 Geo. VI, c. 81 (R.U.) maintenant abrogé depuis le 17 avril 1982.

22. *Jones*, *supra*, note 18 ; *Forest*, *supra*, note 20 ; *Blaikie* n° 1 et *Blaikie* n° 2, *supra*, note 18 ; *Renvoi sur l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba*, *supra*, note 17a.

Ce secteur de pointe retient beaucoup l'attention des Canadiens depuis la Commission Laurendeau-Dunton, la loi fédérale de 1969 sur les langues officielles et les lois québécoises 63, 22 et 101.

L'article 16 de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit :

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.
- (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.
- (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.

Le degré de protection des minorités linguistiques en 1867 n'était pas celui qui existe aujourd'hui. Quel changement, quand on y réfléchit ! On ne doit toutefois pas s'arrêter en si bon chemin. La lutte pour la protection des droits linguistiques au niveau des provinces doit se poursuivre.

## 2.1. Droits collectifs, droits individuels, droits enchâssés

Depuis la fin du second conflit, il existe un net mouvement en faveur de l'enchâssement de chartes des droits et libertés dans les constitutions. L'exemple américain de 1789 est suivi par plusieurs pays depuis 1945. Le Canada n'a pas échappé à cette vague. Il y a plutôt fort bien réagi. Après avoir passé par divers stades, et après avoir adopté des chartes législatives, il s'est doté en 1982 d'une Charte vraiment constitutionnelle<sup>23</sup> des droits de la personne. Comme son pouvoir judiciaire est fort, le Canada s'est nettement inscrit dans la lignée américaine, ce qui, pour nous, est une fort bonne chose.

La Constitution écrite de 1867 s'en tenait, en partie, à des droits collectifs. La jurisprudence a souligné que la protection de l'article 93 s'étendait aux catholiques et aux protestants comme groupes, comme « classes »<sup>24</sup>. Cette même jurisprudence a vu à l'article 91(24) une catégorie « raciale »<sup>25</sup>. Au sujet de l'article 133, la controverse, au contraire, continue. L'article 133, selon le juge en chef Laskin, accorde un « droit constitutionnel » de se servir de l'une ou l'autre langue<sup>26</sup>. Le professeur W.S. Tarnopolsky,

23. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Aux termes de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, toute loi incompatible avec la Charte est de nul effet.

24. Voir sur ce plan l'arrêt *Mackell*, *supra*, note 5.

25. Voir les motifs du juge Jean Beetz dans l'affaire *P.G. Canada v. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170, p. 207.

26. Voir l'arrêt *Jones*, *supra*, note 18, p. 193.

avant d'accéder au banc, écrivait que les droits linguistiques « semblent se situer dans une zone limitrophe »<sup>27</sup>. Le professeur Pierre Carignan les fait carrément entrer dans la catégorie des droits collectifs<sup>28</sup>.

La *Loi constitutionnelle de 1982* vise les droits individuels et collectifs mais d'abord et avant tout les droits individuels.

La définition des droits collectifs n'a pas tellement retenu jusqu'ici l'attention des juristes canadiens.

Au sujet des droits collectifs dans l'affaire *Greater Hull School Board*, M. le juge Le Dain écrit :

Ce que cette qualification suggère par contre, c'est qu'on doit prendre en considération les intérêts de la classe de personnes ou de la collectivité globalement en matière d'éducation confessionnelle et non les intérêts de chaque contribuable.<sup>29</sup>

Le professeur Pierre Carignan définit ainsi les droits collectifs :

Dans la littérature juridique, les droits sont qualifiés de collectifs de par leur attribution à des collectivités ou encore en raison de la nécessité d'une mise en œuvre collective.<sup>30</sup>

M. le juge W.S. Tarnopolsky remarque pour sa part que :

The assertion of group rights [...] bases itself upon a claim of an individual or a group of individuals because of membership in an identifiable group.<sup>31</sup>

## 2.2. La conjugaison des articles de la Charte

L'économie de la *Charte canadienne des droits et libertés* permet la conjugaison de plusieurs articles pour mieux protéger les droits. C'est ainsi par exemple que les minorités de langue officielle qui voient leur langue d'éducation protégée par l'article 23 peuvent également invoquer à l'appui l'article 15 qui prévoit l'égalité et, possiblement, l'article 27 qui consacre le principe de la multiculturalité.

27. W.S. TARNOPOLSKY, « Les droits à l'égalité », dans BEAUDOIN et TARNOPOLSKY, *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1982, p. 552.

28. P. CARIGNAN, *supra*, note 4, p. 70-71.

29. *Supra*, note 6a, p. 599.

30. P. CARIGNAN, *supra*, note 4, p. 44.

31. W.S. TARNOPOLSKY, « The Effect of Section 27 on the Interpretation of the Charter », (1984) 4:3 *Crown Counsel's Review* 1 à 3.

### 3. La culture

La Constitution de 1867 est muette sur la culture. Ce dernier vocable est apparu pour la première fois en 1982 et se retrouve à l'article 40 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il est à prévoir que c'est la Cour suprême qui aura à le définir. On le retrouve à la formule d'amendement, accolé à l'éducation. La Constitution prévoit deux cas de compensation obligatoire en cas d'exercice du droit de retrait : l'éducation et la culture<sup>32</sup>.

Cette garantie est de toute première importance pour le Québec, vu qu'il a une culture qui se différencie de celle des autres provinces.

### 4. La multiculturalité

En 1982, pour la première fois également, apparaissent dans la Constitution les mots « patrimoine multiculturel ». L'article 27 de la Charte constitutionnelle prévoit que :

Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

On remarquera que le constituant a utilisé l'expression « patrimoine culturel » et non pas « droits culturels ».

On ne connaît pas encore la portée véritable de cette clause. Certains, comme le professeur Peter Hogg, croient qu'elle pourrait n'être qu'une fleur de rhétorique<sup>33</sup>, d'autres comme le professeur W.S. Tarnopolsky (maintenant juge à la Cour d'appel de l'Ontario) sont d'avis qu'elle a une portée véritable en droit constitutionnel<sup>34</sup>. Un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario, en *obiter dictum*, vient de donner à cet article un certain poids<sup>35</sup>. Le débat toutefois n'est pas terminé. Est-ce un article d'interprétation, est-ce un article de substance ? Le débat est ouvert. Plusieurs tribunaux réfèrent à cet article 27. Ce fut le cas de la Cour suprême dans l'affaire *Big M. Drug Mart* précitée. Mais la portée véritable de cet article 27 reste à établir.

On se rappelle qu'à la suite des travaux de la Commission Laurendeau-Dunton, le premier ministre Trudeau, le 8 octobre 1971 à la Chambre des communes, avait fait une déclaration sur le multiculturalisme. Il affirmait :

---

32. Article 40 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

33. P.W. HOGG, *Canada Act 1982 Annotated*, Toronto, Carswell, 1982, p. 72.

34. *Supra*, note 27, p. 551-557. L'auteur consacre également quelques pages à la distinction entre droits individuels et droits collectifs.

35. L'affaire *Regina v. Videoflicks*, (1985) 48 O.R. (2d) 395 (C.A. Ont.).



Car, bien qu'il y ait deux langues officielles, il n'y a pas de culture officielle et aucun groupe ethnique n'a la préséance.

[...]

Le multiculturalisme dans un cadre bilingue apparaît au gouvernement comme le meilleur moyen de préserver la liberté culturelle des Canadiens.

## 5. Les peuples autochtones

Les Amérindiens avaient peu de protection en 1867. Par la Constitution de 1867, le Parlement central obtint la pleine compétence législative en la matière. La protection des Amérindiens venait de la *Proclamation Royale* de 1763, « l'*Indian Bill of Rights* », et des traités avec la Couronne britannique. Cette dernière protection cependant était toute relative. En effet, si les provinces dans leurs lois d'application générale ne pouvaient toucher à ces traités, le Parlement fédéral, par contre, pouvait en vertu de la rubrique 24 de l'article 91<sup>36</sup> aller à l'encontre de ces traités. Ainsi en jugèrent les cours de justice.

Le Parlement définit le mot « Indiens » dans sa loi sur les Amérindiens. En 1939, la Cour suprême déclara que les Esquimaux entraient sous la rubrique 24 de l'article 91<sup>37</sup>.

La *Loi constitutionnelle de 1982* réfère au mot « Métis ». C'est une première dans la constitution canadienne.

La Constitution traite des peuples autochtones : Indiens, Inuit et Métis. Aucun terme n'est défini<sup>38</sup> dans nos lois constitutionnelles.

Si les droits des peuples autochtones sont autrement plus protégés de nos jours qu'en 1867, ils sont loin d'être identifiés de façon satisfaisante. Le pays tout entier a pris conscience de ce fait. Les Amérindiens qui sont la première majorité à devenir une minorité en ce pays disposent aux articles 35 et 37 tels que modifiés, d'un mécanisme constitutionnel pour faire définir et protéger leurs droits, mais, il faudra plus d'une conférence constitutionnelle pour y arriver.

Il faut tout de même souligner que les premiers amendements constitutionnels à être apportés en terre canadienne depuis le rapatriement en 1982 de la Constitution l'ont été en juin 1984 et portent sur les droits des autochtones<sup>39</sup>. Une troisième conférence sur les Amérindiens s'est tenue.

36. Voir G.-A. BEAUDOIN, *Le Partage des pouvoirs*, 3<sup>e</sup> éd., Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1983, p. 117-119.

37. *In Re Indians*, [1939] S.C.R. 104.

38. Le mot « Indien » est défini dans la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, c. I-6.

39. Notamment sur l'égalité entre hommes et femmes chez les peuples autochtones.

Elle portait sur le gouvernement autonome des Indiens. C'est là une question considérable<sup>40</sup> qui n'a pas encore reçu de réponse adéquate. Nous avançons, mais pas assez vite.

L'article 25 de la Charte stipule que cette dernière ne porte pas atteinte aux droits et libertés des peuples autochtones du Canada. Il n'est pas exagéré de dire que les Amérindiens ont un statut particulier.

## 6. Les minorités ethniques ou nationales

La *Loi constitutionnelle de 1982* est venue changer le sort des minorités ethniques.

L'article 15 qui vise les droits à l'égalité écarte toute forme de discrimination sur la base *inter alia* de l'origine nationale ou ethnique. Cet article peut se conjuguer avec l'article 27.

On peut relever bon nombre d'arrêts qui ont brimé ce principe qui aujourd'hui nous apparaît si simple ; les arrêts *Christie*, *Homma*, la *déportation des Japonais*, par exemple<sup>41</sup>.

La décision de la Cour dans l'*affaire des Japonais* de 1947<sup>42</sup> nous apparaît mal fondée. Le regretté professeur Frank Scott avait réagi fortement et à bon droit<sup>43</sup>. L'épisode est d'autant plus triste que la Cour suprême des États-Unis, en dépit de l'existence d'une Charte des droits enchâssée dans la Constitution, n'en est pas moins venue à la même conclusion, ainsi que l'a démontré dans un article de fort bonne tenue le professeur Edward Hudon<sup>44</sup>.

La *Charte canadienne des droits et libertés* ne règle pas ce problème de façon expresse. Les cours de justice auront à se replier sur le caractère raisonnable des restrictions apportées aux libertés en temps d'urgence et à les évaluer dans le contexte d'une société libre et démocratique. À notre avis, l'arrêt de 1947 serait aujourd'hui écarté. Les mesures d'urgence concernant les Canadiens d'origine japonaise étaient nettement injustifiées.

40. Voir un article de G.-A. BEAUDOIN, « Un rendez-vous manqué avec l'Histoire », *Le Devoir*, 17 mars 1984.

41. *Christie v. The York Corporation*, [1940] S.C.R. 139. Dans cette affaire, un tavernier avait refusé de servir un Noir ; la Cour suprême fit prévaloir la liberté de commerce sur le principe de l'égalité.

*Homma*, [1903] A.C. 151.

*Renvoi sur les Japonais*, [1947] A.C. 87.

42. *Renvoi sur les Japonais*, *id.*

43. F.R. SCOTT, *Civil Liberties and Canadian Federalism*, Toronto, U. of Toronto Press, 1959, p. 37.

44. E. HUDON, « The Status of Persons of Japanese Ancestry in the United States and Canada During World War II: A Tragedy in Three Parts », (1977) 18 *C. de D.* 61-90.

Il faut distinguer entre l'urgence en temps de guerre et celle en temps de paix. Il est heureux que le législateur fédéral songe à le faire. On ne voit pas pourquoi les libertés publiques par exemple pourraient être mises en veilleuse en temps de paix lorsque l'urgence est attribuable à une crise économique par exemple.

Grâce à la conjugaison possible des articles 2 et 27 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, une minorité ethnique peut se voir attribuer une protection sur le plan religieux.

La Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Regina v. Video Flicks*<sup>45</sup> en vint à la conclusion que le *Retail Business Holidays Act* est une loi de nature séculière qui vise à accorder un jour de repos. La loi ontarienne sous examen fut déclarée inopérante dans la mesure où elle oblige des *personnes* à ne pas travailler un jour autre que leur *sabbath*. L'article 27 de la *Charte canadienne des droits et libertés* consacre le pluralisme au Canada. La loi ontarienne en litige empiète vraiment sur la liberté de religion selon la Cour d'appel. Il ne suffit pas que l'entreprise puisse opérer à personnel réduit.

## 7. Les comtés électoraux protégés

Sur le plan électoral, notre Constitution offre une certaine protection aux minorités. L'article 80 de la *Loi constitutionnelle de 1867* protège au Québec les circonscriptions où les anglophones constituent une majorité<sup>46</sup>. Cette garantie apparaît relative<sup>47</sup> cependant.

## 8. Un code civil pour les Québécois

Par l'article VIII de l'*Acte de Québec de 1774*, les Bas-Canadiens ont réussi à assurer le retour des lois civiles françaises. Sir Georges-Étienne

45. Voir *supra*, note 35.

46. La législature québécoise ne peut modifier les limites des circonscriptions listées à l'Annexe II de la *Loi constitutionnelle de 1867* sans que la majorité des députés de ces circonscriptions n'y consente.

47. Voir un article du professeur J.C. BONENFANT dans le *Rapport Gendron*, vol. 2, p. 257; p. 278: « Or, on sait qu'en 1970 on a jugé que le paragraphe 1 de l'article 92 permettait de modifier la réserve de l'article 80 par une simple loi ». Voir un article de M<sup>c</sup> L.P. PIGEON, « Le sens de la formule Fulton-Favreau », (1966-67) *McGill Law Journal* 403, p. 416: « Je vois difficilement au nom de quel principe on pourrait soutenir que l'on ne peut *abroger la disposition elle-même* sans s'y conformer ». « Il semble donc que l'on pourrait décider que l'article 92 ne permet pas de *passer une loi en violation de l'article 80* ».

Cartier fit codifier ces lois et le 1<sup>er</sup> août 1866, le Bas-Canada vit l'avènement d'un Code civil<sup>48</sup>.

Le reste du Canada vivait et continue de vivre sous le régime de la common law.

Cartier, Père de la Confédération et principal architecte du caractère fédéral de cette Constitution<sup>49</sup>, prit bien soin d'enchâsser dans l'article 92 la catégorie : « *property and civil rights* » qui, comme les tribunaux l'ont signalé<sup>50</sup>, nous vient en droite ligne de l'*Acte de Québec*. En ce faisant, Cartier habilitait le Québec à maintenir intact son droit privé, son droit civil. Deux autres articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* viennent parfaire cette garantie, les articles 94 et 98. N'étant pas mentionné à l'article 94, le Québec échappe donc à la possibilité de l'uniformisation du droit privé. Les juges du Québec doivent être des civilistes ainsi que le prescrit l'article 98. Le Code civil de la minorité francophone au Canada, regroupée en grande partie (mais non exclusivement) au Québec, est ainsi constitutionnellement protégé.

Enfin un article de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'article 41, prescrit qu'il faut le consentement unanime du fédéral et des dix provinces pour modifier les textes constitutionnels relatifs à la composition de la Cour suprême. On s'interroge sur la portée de cette disposition vu que la *Loi sur la Cour suprême* n'est pas mentionnée parmi les lois constitutionnelles<sup>51</sup>. À supposer que la composition « 6-3 » soit ainsi constitutionnalisée, le Québec jouit ici d'une protection spéciale. À mon avis, le vocable « composition » à l'article 41 comprend le chiffre des neuf et la répartition « 6-3 ».

## 9. Un Sénat par « régions »

On doit voir, je crois, dans la composition du Sénat, une certaine protection pour le Québec qui, depuis 1915, en constitue le quart comme l'Ontario aussi.

Cartier avait accepté le principe de la représentation par population à la Chambre des communes, à la condition que le Québec détienne le tiers du Sénat et conserve la parité avec l'Ontario.

48. *Code civil du Bas-Canada*. Proclamation du 26 mai 1866 fixant au 1<sup>er</sup> août 1866 l'entrée en vigueur de ce code. Soit dit en passant, l'*Acte de Québec de 1774* accorda aux catholiques le droit de pratiquer la religion catholique et supprima le serment du Test. Les catholiques du Québec furent les premiers dans l'Empire britannique à participer au gouvernement civil. L'émancipation des catholiques, chez nous, vint longtemps avant celle des catholiques au Royaume-Uni. Ces derniers devront attendre jusqu'en 1829.

49. Voir M. WADE, *Les Canadiens français de 1760 à nos jours*, tome I, Cercle du Livre de France, 1963, p. 340.

50. Voir l'arrêt *Parsons*, [1881-82] 7 A.C. 96.

51. P.W. HOGG, *supra*, note 33, p. 92-93.

Ce principe vise en partie à protéger les francophones du Québec, vu que d'habitude, dans les chambres hautes, les États, provinces, ou Laenders, ou cantons, ont une représentation égale.

Cette protection toutefois est faible. On pourrait enlever cette protection au Québec. Il suffit du consensus de l'autorité fédérale et de sept provinces. C'est là l'une des principales lacunes de notre formule actuelle d'amendement constitutionnel. Le droit de retrait prévu à l'article 38(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne peut ici protéger le Québec.

Je suggère que la règle de l'unanimité joue pour modifier la composition du Sénat. Ainsi, Québec protégerait l'acquis. Il suffirait d'ajouter à l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982* une rubrique qui pourrait ainsi être libellée : « f) la composition du Sénat ».

Depuis le 17 avril 1982, le Sénat a perdu son veto en matière de modification de la Constitution, ainsi que le prévoit l'article 47 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le veto du Sénat ne joue plus que dans les cas prévus à l'article 44 qui édicte ce qui suit :

Sous réserve des articles 41 et 42, le Parlement a compétence exclusive pour modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat ou à la Chambre des communes.

Ce pouvoir est restreint. Il s'inspire de l'article 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, article qui est maintenant abrogé.

## 10. L'égalité des sexes

Les femmes forment la majorité au Canada. Mais, jusqu'ici, on peut dire qu'elles constituaient, en fait, un groupe minoritaire sur plus d'un plan. Elles n'avaient pas l'égalité. C'était une majorité minorisée.

Les articles 15 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982 sont heureusement venus corriger cette situation. À notre avis, à cause de son libellé qui débute par une clause dérogatoire, l'article 28 opère indépendamment des autres articles de la Charte. Cet article en est un de substance et non de pure procédure. Il a été ajouté après le compromis de novembre 1981. Il a sa propre raison d'être. Il écarte toute discrimination entre hommes et femmes. Il traite de tous les droits mentionnés à la Charte et non seulement de ceux qui sont en vigueur. L'article 15 prévoit de son côté des programmes de promotion sociale pour habiliter *inter alia* les femmes à accéder à l'égalité.

L'article 28 s'applique à toute la Charte. Je ne crois pas par exemple qu'un groupe culturel pourrait se prévaloir de l'article 27 qui protège le patrimoine multiculturel pour maintenir en vigueur un système patriarcal ou matriarcal violant la Charte.

Les droits des Amérindiens, Métis et Inuit ne sont pas affectés par la Charte. En vertu d'un amendement constitutionnel en force depuis juin 1984, les hommes et les femmes chez les peuples autochtones, ont l'égalité<sup>52</sup>.

## Conclusion

La protection constitutionnelle des minorités est-elle adéquate ? Est-elle une utopie ou une réalité ?

En 1867 elle était certes déficiente. Ce que démontrent les nombreux litiges qui ont illustré certaines pages de notre histoire constitutionnelle.

La *Loi constitutionnelle de 1982* a modifié considérablement le décor, je me plais à le dire.

Reste malheureusement la possibilité que la clause dérogatoire prévue à l'article 33 de la Charte puisse mettre en veilleuse certains droits. Heureusement, les droits démocratiques, les droits de la mobilité, les droits linguistiques, les droits confessionnels et les droits des autochtones et à mon avis l'égalité des sexes y échappent. Cependant cette clause 33 est malheureuse. Elle permet que l'on puisse écarter l'application des articles 2 et 7 à 15. Elle va à l'encontre de nos obligations internationales. L'article 1 suffit.

La Charte canadienne de 1982 comporte une autre lacune : elle ne traite pas des droits sociaux et économiques. Et pour les minorités, cette lacune est peut-être plus sensible que pour la majorité.

Notre Charte s'inspire du *U.S. Bill of Rights* pour partie et ce dernier document du « Siècle des Lumières » procède nettement de l'école des droits individuels. Il en est ainsi pour la plupart des droits et libertés au Canada.

Quand on traite de droits collectifs, il faut, je crois, être prudent. Ils existent pour certaines fins dans certains États. Nous en avons au Canada aux articles 91(24), 93, 133 *inter alia*. Ils apparaissent justifiés.

Les chartes constitutionnelles visent d'abord et avant tout la protection du simple citoyen contre l'État devenu de plus en plus puissant. C'est certes ce que voulait Thomas Jefferson<sup>53</sup> et ce que plus d'un juge américain, à commencer par William O. Douglas, ont déclaré<sup>54</sup>.

52. *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution du Canada*, 21 juin 1984, Gazette du Canada, Partie II, 11 juillet 1984, volume 118, p. 2984.

53. L'auteur de la Déclaration d'indépendance et troisième président des États-Unis déclarait : « Nothing then is unchangeable but the inherent and unalienable Rights of man ». S.K. PADOVER, *Thomas Jefferson on Democracy*, New York, The New American Library, 1939, p. 68.

54. W.O. DOUGLAS, *Go East Young Man. The Early Years. The Court Years 1939-1975*, The Autobiography of William O. Douglas, New York, Random House, 1980. On connaît bien

Les chartes existent aussi pour protéger les minorités contre les majorités parlementaires. Les majorités sont changeantes. De plus, laissées à elles-mêmes, elles pourraient très facilement brimer les droits des minorités. Aussi convient-il de protéger ces dernières.

Le Canada est composé de plusieurs peuples. Les mots « peuples autochtones » sont apparus pour la première fois dans la Constitution en 1982.

Il reste beaucoup à faire de la part de nos tribunaux dont le rôle a été considérablement agrandi depuis le 17 avril 1982. La Cour suprême, en particulier, sera appelée à révéler le vrai visage de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le constituant, une fois de plus, a été dans l'obligation d'employer des expressions comme « lorsque le nombre [...] le justifie », « limites [...] raisonnables », « établissements d'enseignement de la minorité », pour ne citer que trois exemples dont le contour demeure mal défini.

La Cour devra dire aussi si la Charte protège ou non certains droits implicites. Ce fut le cas aux États-Unis. Il se pourrait que ce soit le cas chez nous ; surtout que déjà dans l'arrêt sur la *Presse en Alberta* en 1938<sup>55</sup>, la Cour suprême avait déjà commencé à parler des droits implicites dans la Constitution.

Il est à prévoir que les tribunaux devront procéder à une certaine forme d'activisme pour l'implantation de certains droits. La Cour suprême des États-Unis l'a fait dans le domaine de l'intégration des Noirs. Sur le plan linguistique, il se pourrait que les cours de justice au Canada s'inspirent dans une certaine mesure de cet exemple. L'expérience du dernier siècle sur le plan linguistique ne doit plus se répéter.

---

l'expression célèbre du juge W.O. Douglas : « Keep the government off the backs of the people ».

55. *In Re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, p. 134.