

LES MINORITÉS EN DROIT PUBLIC CANADIEN*

par Jean-François GAUDREAU-DESBIENS**
Danielle PINARD***

SOMMAIRE

Introduction	199
I – Dualisme et minorités	201
1 - La configuration initiale prévue à <i>l'Acte de l'Amérique du Nord britannique</i> de 1867	201
a) Protection implicite - le principe du fédéralisme	201
b) Protections explicites	202
2 - Le Québec, société distincte	203
3 - Le principe constitutionnel implicite de protection des minorités	205
a) Les fusions municipales au Québec	207
b) La survie de l'hôpital Montfort en Ontario	209
c) Quelques différences	210
II – Cas de figure	211
1 - Les minorités et l'enseignement au Canada	211
2 - Les minorités et le multiculturalisme	218
3 - Les minorités et les libertés publiques	220
4 - Le cas particulier des peuples autochtones	225

*. Exposé présenté aux Journées mexicaines de l'Association Henri Capitant à Mexico et Oaxaca du 18 au 25 mai 2002.

** Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Toronto.

*** Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Introduction

L'histoire politique du Canada et du Québec explique les contours irréguliers de la protection constitutionnelle des minorités que l'on retrouve en droit public canadien.

La conquête britannique d'une colonie française, dans un contexte de relative ignorance des premiers habitants autochtones, a inexorablement coloré la notion de minorité et son traitement juridique. Quoique l'on retrouve certaines références à des minorités culturelles ou visibles dans la production normative récente, la notion de minorité en droit canadien a traditionnellement référé aux identités francophone et anglophone, avec leur rattachement historique accessoire aux religions catholique et protestante.

Une tension semble omniprésente, au sein de laquelle s'affrontent la théorie politique d'un pacte confédéral initial, des revendications de droits individuels pour des bénéficiaires géographiquement répartis partout au Canada, une insistance sur l'idée de peuples fondateurs et un plaidoyer en faveur de la reconnaissance du caractère distinct de la société québécoise. S'y confondent des conceptions collectives et individuelles des droits, des visions plus ou moins centralisatrices du fédéralisme et une importance relative accordée à l'autonomie provinciale, surtout à celle du Québec. Des valeurs et des intérêts divergents y puisent des arguments juridiques qui serviront d'armes dans un débat essentiellement politique.

Les mouvements dans l'interprétation judiciaire de ces droits des minorités semblent aussi correspondre à des impératifs politiques plus qu'à une logique juridique inhérente. Le mode de production de ces droits, comme compromis politique et historique, a pendant un temps autorisé certains juges à les interpréter de façon relativement étroite. On a écrit, par exemple, que les droits linguistiques constitutionnellement protégés au Canada étaient «fondés sur un compromis politique plutôt que sur un principe»¹, et n'avaient pas «l'universalité, le caractère général et la fluidité des droits fondamentaux qui

1. *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, le juge Beetz pour la majorité, au para. 117.

découlent des règles de la justice naturelle»². Cette vision des choses semble cependant en voie de transformation. En effet, une nouvelle tendance prend forme, une réhabilitation du statut des droits linguistiques, selon laquelle l'ancienne approche restrictive serait à proscrire, et à remplacer par une autre, celle-là plus libérale et généreuse³. La Cour suprême confirmait en effet, en 1998, que «[m]ême si ces dispositions sont le résultat de négociations et de compromis politiques, cela ne signifie pas qu'elles ne sont pas fondées sur des principes»⁴, ajoutant «[b]ien au contraire, elles sont le reflet d'un principe plus large lié à la protection des droits des minorités»⁵.

Si la protection constitutionnelle des minorités en droit canadien s'est d'abord développée en fonction d'une logique dualiste, les changements démographiques ont provoqué des évolutions sur le plan des valeurs et des normes. Dès les années 1960, en effet, un modèle multiculturaliste de société a commencé à concurrencer le modèle dualiste originel.

Une première partie du présent texte abordera cette question initiale du dualisme et des minorités (I). On y traitera de trois aspects de la protection des minorités en droit constitutionnel canadien, soit la configuration initiale minimale prévue à l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867 (1), la «question du Québec» (2) et enfin, une nouveauté jurisprudentielle, le principe implicite de protection des droits des minorités (3).

L'étude de quatre cas de figure fera l'objet de la seconde partie (II). On se penchera sur la question minoritaire en contexte d'enseignement (1), sur le multiculturalisme (2), sur la protection découlant des libertés publiques (3) et sur le cas particulier des peuples autochtones (4).

2. *Ibid.*

3. *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768.

4. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 (ci-après *Sécession*) au para. 80.

5. *Ibid.*

I – Dualisme et minorités

1 - La configuration initiale prévue à l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867

L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867, loi impériale britannique, a créé le Canada fédéral que l'on connaît⁶. Sans contenir comme tel une Charte de droits, il permet toutefois une forme de protection des minorités, d'abord implicitement, par la structure même qu'il met en place, et ensuite explicitement, dans le cas de certains droits linguistiques et confessionnels.

a) Protection implicite - le principe du fédéralisme

La reconnaissance de l'existence de communautés distinctes, géographiquement regroupées, avec des cultures et des aspirations qui leur sont propres, est au cœur du principe du fédéralisme. Du fait même de la composition démographique des colonies réunies, la structure fédérale mise en place en 1867 crée un double jeu de majorités et de minorités. Les francophones seront majoritaires au Québec, et les anglophones le seront au Canada dans son ensemble, et dans toutes les autres provinces. Le fédéralisme fournit ainsi à la minorité francophone une structure institutionnelle d'identité et de reconnaissance. Sont par ailleurs créées une minorité anglophone québécoise, et des minorités francophones, fédérale et provinciales. On a parlé, à propos de cet AANB, d'un pacte entre deux peuples fondateurs, les francophones et les anglophones, ces deux groupes trouvant dans la structure fédérale même une protection de leurs intérêts singuliers, puisque celle-ci leur conférait le contrôle d'institutions parlementaires et gouvernementales distinctes. La Cour suprême du Canada rappellera récemment que «le principe du fédéralisme facilite la poursuite d'objectifs collectifs par des minorités culturelles ou linguistiques qui constituent la majorité dans une province donnée»⁷. La Cour interprétera par exemple l'attribution aux provinces d'une compétence législative en matière de

6. *Acte de l'Amérique du Nord Britannique* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, (ci-après *A.A.N.B.*), maintenant *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. 1985, app. II, n^o. 5.

7. *Supra* note 4 au para. 59.

propriété et de droits civils comme une protection indirecte de la langue et de la culture françaises au Québec⁸.

b) Protections explicites

L'AANB 1867 contenait aussi quelques dispositions destinées à protéger expressément un certain nombre de droits des minorités linguistiques et confessionnelles. Les minorités religieuses retrouvaient dans l'AANB 1867 des garanties en matière d'éducation sur lesquelles on reviendra. Les anglophones protestants se voyaient octroyer un droit de veto quant à la modification de certains comtés du Québec dans lesquels ils étaient majoritaires⁹. De plus, en vertu de l'article 133, les lois fédérales et québécoises doivent être adoptées en anglais et en français, et l'une ou l'autre de ces deux langues peut être utilisée devant les tribunaux fédéraux et québécois. La conception d'un Canada construit par deux peuples fondateurs est ici mise en oeuvre: on garantit à la minorité francophone du Canada et à la minorité anglophone du Québec un accès aux lois et aux tribunaux. Cette disposition a été déclarée indivisible et intangible, à l'abri des interventions législatives tant fédérales que provinciales¹⁰. Il s'agit d'une protection efficace de ces droits des minorités linguistiques, droits que l'on souhaite mettre à l'abri des abus, ou même de la simple volonté légitime, des majorités¹¹. On doit cependant remarquer ce que l'on a dit être l'asymétrie de cette disposition : elle ne s'applique pas aux provinces autres que le Québec, de telle sorte que les minorités francophones de ces provinces n'y retrouvent aucune protection de leurs droits linguistiques à opposer à leurs gouvernements provinciaux.

Dans le respect de la tradition britannique, la constitution canadienne de 1867 mise sur la primauté du droit et la souveraineté parlementaire pour l'élaboration des choix de société. La présence de colons francophones et catholiques, majoritaires sur une partie du territoire, contraint cependant les autorités constituantes à une reconnaissance minimale de certains droits des

8. *Ibid.* au para. 40.

9. *Supra* note 6 à l'art. 80.

10. *P.G. Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016.

11. *Blaikie c. P.G. Québec*, [1978] C.S. 37.

minorités, que ce soit par la structure fédérale mise en place ou encore par l'adoption de certaines dispositions partielles et ponctuelles.

C'est sur le fondement de ces normes de la constitution de 1867 que se développe la «question du Québec».

2 - Le Québec, société distincte

La «question du Québec» occupe inévitablement une place de choix dans toute discussion du droit des minorités en droit public canadien. Nonobstant toute rhétorique constitutionnelle, le Québec constitue une société distincte au sein du Canada. Au-delà de la langue française, qu'il partage avec le reste des francophones minoritaires au Canada, le peuple québécois se distingue notamment par sa culture, ses institutions, son rapport à l'État et son système juridique.

Selon la Cour suprême du Canada, cette spécificité sociale et démographique du Québec a constitué une des raisons d'être du fédéralisme canadien¹². En 1867, la population francophone et catholique du Bas-Canada, qui allait devenir la province de Québec, s'est apparemment opposée à un projet d'union législative, par opposition à celui d'une fédération, justement afin d'obtenir les moyens de protéger sa spécificité et d'ainsi contrer l'assimilation par le nombre¹³. L'existence et la valorisation de la communauté canadienne française géographiquement concentrée et majoritaire sur le territoire qui allait devenir celui du Québec comptent donc au nombre des forces créatrices à l'origine de l'État fédéral canadien.

Il est en conséquence pour le moins surprenant que cette reconnaissance n'ait pas opéré de façon à accorder au Québec une voix au chapitre lorsqu'il s'est agi de doter la constitution canadienne d'une procédure de modification et d'une Charte des droits et libertés, s'agissant des modifications constitutionnelles les plus importantes apportées depuis 1867. C'est en fait un mouvement fondé sur une autre communauté, l'ensemble des citoyens canadiens, séduits par la

12. *Supra* note 4 au para. 59.

13. P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, édition à feuilles mobiles, à la p. 5-5.

promesse d'une charte de protection de leurs droits et libertés individuels, qui a porté ce processus de modification constitutionnelle et cautionné le projet d'action fédérale unilatérale du début des années 1980.

En effet, à l'occasion de ce projet dit de «rapatriement de la constitution», la Cour suprême du Canada a estimé que ni le droit ni une quelconque convention constitutionnelle n'exigeait le consentement préalable du Québec¹⁴. On a donc procédé à ce rapatriement malgré l'opposition du Québec. Si la légalité du processus n'est à ce jour «ni contestable ni contestée»¹⁵, le considérable problème politique ainsi créé n'échappe à personne. Les quelques tentatives de modifications constitutionnelles qui ont vu le jour depuis lors ont tenté de pallier ce problème, toutefois sans succès.

Dans l'accord du Lac Meech, par exemple, une reconnaissance du fait que le Québec forme une société distincte au sein du Canada, assortie d'une reconnaissance de la dualité linguistique et d'une disposition prévoyant le statu quo des pouvoirs, a suscité une opposition certaine.

En août 1998, à l'occasion d'un renvoi pour avis consultatif, la Cour suprême du Canada s'est exprimée sur la légalité d'une éventuelle sécession du Québec. La Cour a jugé que, pour considérable qu'elle soit, la sécession d'une province du Canada n'en demeurerait pas moins une modification réalisable en vertu de la procédure de modification constitutionnelle¹⁶. La Cour a estimé que, face à l'expression claire de la volonté du peuple québécois de procéder à une sécession, les principes structurels du fédéralisme et de la démocratie imposeraient à l'ensemble des acteurs politiques canadiens une obligation constitutionnelle de négocier. On reconnaît ainsi l'importance de la volonté d'une communauté culturellement distincte, géographiquement regroupée et politiquement organisée au plan institutionnel dans le cadre d'un État provincial.

Une problématique identitaire fonde cette question de l'existence et de l'importance de la spécificité du Québec au sein du Canada. Le mouvement

14. *Renvoi sur la modification de la constitution du Canada*, [1981] 1 R.C.S. 753 et *Renvoi concernant le droit de veto du Québec*, [1982] 2 R.C.S. 793.

15. *Renvoi concernant le droit de veto du Québec*, *ibid.*

16. *Supra* note 4 au para. 85.

d'affirmation nationale au Québec s'appuie sur le contrôle des institutions étatiques par un peuple par ailleurs minoritaire sur le continent américain. Les francophones hors Québec sont en quelque sorte menacés par ce mouvement qui, en cas de victoire, risque de les laisser à leur sort de minorités en voie de disparition dans ce qui deviendrait le «Reste du Canada». Paradoxalement, donc, l'indépendance du «château fort du peuple canadien-français»¹⁷, du «phare de la présence française en Amérique du Nord»¹⁸ ne se ferait selon certains qu'au prix de l'affaiblissement des francophones hors Québec.

Les francophones et les anglophones du Canada se sont cependant vus reconnaître de nouveaux outils d'affirmation dans une création jurisprudentielle récente : la protection constitutionnelle implicite des droits des minorités

3 - Le principe constitutionnel implicite de protection des minorités

Dans le Renvoi sur le droit du Québec à la sécession, la Cour suprême du Canada a confirmé l'importance du rôle de certains principes structurels non écrits en droit constitutionnel canadien. À d'autres occasions, la Cour avait déjà lu dans le préambule de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867¹⁹ la constitutionnalisation implicite de certains principes, comme la primauté du droit²⁰, les privilèges parlementaires²¹ ou encore l'indépendance judiciaire²².

Dans le même Renvoi, la Cour a situé la discussion d'une éventuelle sécession du Québec, en droit constitutionnel canadien, dans le contexte plus large des principes du fédéralisme, de la démocratie, du constitutionnalisme et de la primauté du droit, ainsi que de la protection des droits des minorités.

17. Cette expression, d'une Commission fédérale sur l'unité canadienne, a été utilisée dans le mémoire du Procureur général du Québec et citée par la Cour dans le *Renvoi concernant le droit de veto du Québec*, supra note 14.

18. *Ibid.*

19. Particulièrement dans cet attendu qui prévoit que la constitution canadienne est semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni.

20. *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

21. *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse*, [1993] 3 R.C.S. 319.

22. *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, [1997] 3 R.C.S. 3.

Selon la Cour, les principes constitutionnels fondamentaux sont les prémisses inexprimées du texte de la Constitution²³. Ils en guident l'interprétation²⁴ et peuvent même autoriser les tribunaux à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel²⁵, imposant parfois des obligations juridiques substantielles à l'action gouvernementale²⁶. Selon la Cour,

[C]es principes ne sont pas simplement descriptifs; ils sont aussi investis d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements.²⁷

Ce propos est particulièrement significatif, dans un contexte de constitutionnalisme où les valeurs constitutionnelles explicitement protégées jouissent d'une valeur supra-législative et permettent aux tribunaux de rendre les lois inopérantes.

La Cour donne ici une telle valeur supra-législative à des principes non écrits, dont elle dévoilera en fait l'identité au fur et à mesure des litiges qui se présenteront à elle. Il s'agit d'une forme d'activisme judiciaire que, on le verra, les tribunaux hiérarchiquement inférieurs à la Cour suprême sont moins enclins à exercer.

En l'espèce, se fondant principalement sur les principes de la démocratie et du fédéralisme, la Cour suprême a déclaré l'existence d'une obligation constitutionnelle de négocier un projet de modification constitutionnelle en vue de la sécession d'une province, dans la mesure où ce projet aurait reçu l'appui d'une majorité claire de la population.

On doit reconnaître que la Cour n'a pas consacré de longs développements au principe qui nous intéresse particulièrement ici, soit celui du droit des minorités. La Cour a essentiellement souligné que «la protection de ces droits [les droits des minorités] est elle-même un principe distinct qui sous-tend

23. *Supra* note 4 au para. 49.

24. *Ibid.* au para. 52.

25. *Ibid.* au para. 53.

26. *Ibid.* au para. 54.

27. *Ibid.*

notre ordre constitutionnel»²⁸. Dans le contexte d'une éventuelle sécession du Québec, la Cour a rappelé l'importance de tenir compte des droits des minorités, et particulièrement de ceux des peuples autochtones.

Si elle ne semble pas constituer le fondement premier du Renvoi sur la sécession, cette référence à un principe innommé de protection des droits des minorités a certes inspiré par la suite un certain nombre de causes, dont deux ayant donné lieu à des décisions finales de cours d'appel canadiennes, soit celle portant sur les fusions municipales au Québec²⁹, et une autre relative, celle-là, à la survie d'un hôpital francophone en Ontario, l'hôpital Montfort³⁰.

a) Les fusions municipales au Québec

L'État québécois a procédé à une réorganisation municipale, en ayant notamment recours à la fusion de certaines municipalités. Cette réforme a eu pour résultat de transformer en simples arrondissements de la nouvelle grande ville de Montréal des municipalités à population majoritairement anglophone. La réforme a été contestée devant les tribunaux, notamment au motif qu'elle portait atteinte aux droits de la minorité anglophone du Québec. En l'absence de disposition constitutionnelle explicite applicable à la situation en cause, on s'est appuyé sur le principe implicite de protection des droits des minorités, tel qu'énoncé par la Cour suprême dans le Renvoi sur la sécession. L'argument allait comme suit : l'institution municipale est essentielle au maintien et au développement de la communauté anglophone du Québec, minoritaire dans la province³¹, et ce d'autant plus que cette institution est la seule entité gouvernementale contrôlée par cette minorité³².

28. *Ibid.* au para. 80.

29. *Westmount (Ville de) c. Québec (P.G.)*, [2001] R.J.Q. 2520 (C.A.), (ci-après *Fusions*), permission d'appeler refusée par la Cour suprême du Canada le 7 décembre 2001.

30. *Lalonde et Hôpital Montfort c. Commission de restructuration des services de santé*, (ci-après *Montfort*), Cour d'appel de l'Ontario, 7 décembre 2001. Le gouvernement ontarien a annoncé le 1^{er} février 2002 son intention de ne pas en appeler de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario devant la Cour suprême du Canada.

31. *Supra* note 29 au para. 68.

32. *Ibid.* au para. 69.

La contestation constitutionnelle a échoué, et la Cour suprême a refusé la permission d'en appeler de cette cause devant elle. La Cour d'appel du Québec a essentiellement circonscrit la portée et les conséquences des propos de la Cour suprême du Canada relativement aux principes implicites. La Cour d'appel a insisté sur l'importance de leur contexte d'énonciation, soit une question ne recevant aucune réponse expresse dans le texte de la Constitution, celle de la sécession du Québec. La Cour d'appel écrit :

Ces principes ne s'appliquent donc que dans un contexte constitutionnel très particulier.³³

La Cour d'appel estime que, s'ils peuvent servir à en combler les vides, les principes constitutionnels non écrits ne peuvent être utilisés de façon à contredire les termes ou l'esprit de la Constitution écrite. La notion de «vide» appelle interprétation, et le silence de la Constitution écrite à l'égard de l'élimination des institutions municipales ne constitue pas un tel vide³⁴, à la lumière du pouvoir exprès des législatures provinciales à l'égard des institutions municipales.

À propos de l'importance de certaines institutions pour la protection de l'identité de groupes minoritaires, la Cour écrit :

[L]e principe de protection des minorités n'a pas pour effet de conférer un droit à des institutions pour la protection des minorités, lorsque ce droit n'est pas protégé, par ailleurs, dans la Constitution.³⁵

La Cour se dit renforcée dans sa conviction par le fait que, «lorsqu'il a voulu restreindre le pouvoir de la législature en vue de protéger des droits collectifs d'un groupe de citoyens en raison du facteur linguistique»³⁶, il l'a fait expressément, comme dans le cas des comtés anglophones protégés en 1867.

33. *Ibid.* au para. 82.

34. *Ibid.* au para. 106.

35. *Ibid.* au para. 94.

36. *Ibid.* au para. 124.

La Cour d'appel du Québec a donc prononcé la validité constitutionnelle de la loi provinciale portant sur les fusions municipales.

b) La survie de l'hôpital Montfort en Ontario

La minorité francophone en Ontario a contesté des directives administratives prévoyant une réduction importante des services offerts par l'hôpital Montfort, le seul hôpital entièrement francophone en Ontario³⁷. La contestation était essentiellement fondée sur le principe implicite de protection des droits des minorités.

Dans un jugement rendu moins de deux mois après celui de la Cour d'appel du Québec³⁸, la Cour d'appel de l'Ontario a invalidé les directives administratives ontariennes en faisant jouer un rôle important mais accessoire à ce principe de protection des droits des minorités. En effet, la Cour s'en est servi comme instrument d'interprétation des notions floues de la loi applicable, et comme critère d'évaluation du pouvoir discrétionnaire exercé par la commission administrative.

À la lumière, notamment, des principes généraux d'interprétation des lois, de l'interprétation large que doivent recevoir les droits linguistiques et du principe du respect et de la protection de la minorité francophone en Ontario³⁹, la Cour a estimé que «les directives de la Commission ne [respectaient] pas les exigences statutaires imposées par la Loi [ontarienne] sur les services en français»⁴⁰.

La Cour a de plus considéré que la commission administrative n'avait pas suffisamment tenu compte de la valeur constitutionnelle de protection des droits de la minorité francophone en Ontario lors de l'exercice de son pouvoir

37. *Supra* note 30 au para. 2.

38. Le jugement de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire des fusions municipales a été rendu le 16 octobre 2001, alors que celui de la Cour d'appel de l'Ontario sur la fermeture de l'hôpital Montfort l'a été le 7 décembre de la même année.

39. *Supra* note 30 au para. 140.

40. *Ibid.* au para. 169.

discrétionnaire, donnant ainsi ouverture au contrôle judiciaire de la décision contestée⁴¹.

c) Quelques différences

Les intérêts de la minorité anglophone au Québec et ceux de la minorité francophone en Ontario se sont vus menacés, ici par les fusions municipales, et là par la fermeture projetée d'un hôpital. La contestation judiciaire a été fructueuse en Ontario, et a échoué au Québec.

Dans les deux cas, le principe implicite de protection des droits des minorités, création récente de la Cour suprême du Canada, était au cœur du débat. Les contours évanescents de ce principe ne sont certes pas étrangers à la différence de résultats.

Si la Cour d'appel du Québec y a vu une réalité sociologique plus qu'un fait juridique, il n'en demeure pas moins que l'importance de certaines institutions pour la protection et la valorisation identitaires des minorités a été reconnue dans les deux cas.

Des motifs d'ordre juridique reliés à la puissance normative du principe de protection des droits des minorités, et une réalité différente vécue par les minorités en cause, peuvent expliquer en partie les arrêts rendus.

D'une part, la question de la puissance normative des principes constitutionnels implicites consacrés dans le Renvoi sur la sécession fait encore couler beaucoup d'encre chez les constitutionnalistes canadiens. L'existence de principes non écrits de common law est certes tout à fait familière dans un système de droit public de tradition britannique. C'est cependant l'attribution judiciaire d'une valeur constitutionnelle, au sens de supra-législative, à des principes implicites, qui pose problème. En effet, au moins depuis 1865, le principe de la suprématie des normes constitutionnelles au Canada s'est limité aux règles de droit écrit⁴², de façon à faciliter la certitude dans la hiérarchie des

41. *Ibid.* au para. 180.

42. *Colonial Laws Validity Act*, 1865 (R.-U.), 28 & 29 Vict., c. 63.

normes, et à encadrer un pouvoir judiciaire par ailleurs considérable, celui de déclarer inopérantes des lois adoptées par le Parlement fédéral ou les législatures provinciales. On comprend donc que les tribunaux soient prudents dans le maniement de ces nouveaux principes implicites à valeur supra-législative.

La Cour d'appel du Québec semble en avoir limité la portée au contexte de leur énonciation judiciaire, soit le contexte de la sécession du Québec. Elle a aussi limité leur champ d'opération, soit celui des «vides», et elle a refusé de les faire jouer de façon à limiter des pouvoirs expressément accordés dans la Constitution, dont le pouvoir des provinces sur les institutions municipales. On ne doit pas oublier que l'enjeu était ici de taille, soit la constitutionnalité d'une loi.

Dans l'affaire ontarienne, l'enjeu était plus modeste, soit la validité de directives administratives. La Cour a ici aussi joué de prudence dans le traitement du principe implicite de la protection des droits des minorités, s'en servant comme guide d'interprétation législative et comme paramètre d'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

D'autre part, on ne doit pas oublier les contextes fort différents de la minorité anglophone au Québec et de la minorité francophone en Ontario. La première est majoritaire au Canada tout comme en Amérique du Nord, et a de surcroît été traditionnellement fort bien traitée par les institutions politiques québécoises. La seconde est aussi minoritaire au Canada et en Amérique du Nord, et est en voie de disparition progressive. Les enjeux sous-tendant ces deux causes étaient fort différents.

II – Cas de figure

1 - Les minorités et l'enseignement au Canada

L'économie générale de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique* confère dans ses grandes lignes aux provinces la compétence de légiférer sur les matières «locales», alors que le Parlement fédéral se voit quant à lui confier les pouvoirs législatifs sur les matières d'intérêt «national». Or, l'éducation étant en 1867 considérée comme une matière «locale», ce sont les provinces qui se virent attribuer la compétence de légiférer en cette matière. La société canadienne

d'alors était toutefois marquée par deux clivages majeurs, l'un linguistique, entre francophones et anglophones, et l'autre religieux, entre Catholiques et Protestants. De manière générale, l'un recoupait l'autre, les francophones étant à peu près tous Catholiques, alors que les anglophones étaient surtout Protestants, encore que la très forte immigration irlandaise au dix-neuvième siècle devait quelque peu changer la donne à cet égard. Cette dynamique linguistico-religieuse prenait par ailleurs une dimension particulière en raison de la présence du Québec, seule province à majorité francophone et catholique. Pour le Québec, la création d'un État fédéral au sein duquel les provinces se verraient confier la compétence constitutionnelle en matière d'éducation constituait un moyen d'assurer la survie et l'épanouissement de la seule collectivité franco-catholique en Amérique du Nord capable de contrôler un État, fût-il simplement provincial. À cette exigence du Québec s'ajoutait la présence, dans les faits, de nombreuses communautés catholiques, surtout francophones, hors du Québec et d'une forte communauté protestante anglophone au Québec, ce qui compliquait encore la situation et rendait peu plausible la mise en place d'un régime de protection des minorités qui n'aurait procédé que d'une logique territoriale. Ces facteurs menèrent donc à la reconnaissance constitutionnelle de ce qui constitue pour l'essentiel un compromis politique acceptable à toutes les factions en présence.

C'est ainsi que si les provinces se virent bel et bien attribuer la compétence constitutionnelle exclusive de légiférer en matière d'éducation, cette compétence fut d'emblée limitée par des garanties profitant aux minorités religieuses catholiques et protestantes, et ce, aux termes de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁴³. Ce choix de faire de la religion le point d'ancrage du régime de protection des minorités en matière d'éducation s'avéra toutefois problématique pour les minorités francophones hors Québec, qui firent vite l'objet de politiques assimilatrices dans plusieurs provinces. Ainsi, il fut jugé, en raison de la compétence provinciale exclusive en matière d'éducation, que l'Ontario pouvait valablement imposer l'anglais comme langue d'enseignement dans des écoles catholiques jusque-là francophones et que, sauf exception, la protection constitutionnelle offerte aux minorités religieuses ne s'étendait pas aux minorités linguistiques malgré certains recoupements entre ces deux

43. *Supra* note 6, art. 93.

groupes⁴⁴. Cette interprétation stricte fut confirmée encore récemment, cette fois dans une espèce provenant du Québec⁴⁵.

La protection des minorités en matière d'enseignement devait cependant prendre un tournant en 1982 lors de l'enchâssement dans la Constitution de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁶, laquelle contient certaines dispositions influant sur le statut des minorités en matière d'enseignement. Il s'agit, en l'occurrence, de la liberté de religion⁴⁷, du droit à l'égalité⁴⁸ et de droits à l'instruction dans la langue des minorités de langues officielles⁴⁹.

L'effet principal de la reconnaissance constitutionnelle de la liberté de religion a été d'expurger les écoles publiques primaires et secondaires non confessionnelles des rituels religieux qui, malgré la désignation de ces écoles, y avaient cours. C'est ainsi qu'il fut jugé en Ontario qu'un règlement obligeant la récitation de prières chrétiennes ou la lecture de l'Évangile enfreignait la liberté de religion des élèves non chrétiens, et ce, même si ce règlement exemptait de cette obligation les élèves ne souhaitant pas participer à cet exercice. On estima en effet que la pression de pairs en majorité chrétiens inhiberait les élèves souhaitant se prévaloir de cette exemption. Autrement dit, bien qu'indirecte, la contrainte imposée aux élèves non chrétiens était suffisante pour porter atteinte à leur liberté de religion⁵⁰. On retient de cela que toute tentative de privilégier une religion au détriment des autres dans un réseau public non confessionnel est potentiellement inconstitutionnelle. Il en irait de même de toute velléité gouvernementale d'empêcher la création d'écoles religieuses séparées, même si le groupe religieux à l'origine de cette revendication ne dispose d'aucun statut constitutionnel particulier, c'est-à-dire

44. *Ottawa Roman Catholic Separate School Trustees c. Mackell*, [1917] A.C. 62.

45. *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique*, [1993] 2 R.C.S. 511.

46. *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

47. *Ibid.*, alinéa 2a).

48. *Ibid.*, alinéa 15(1).

49. *Ibid.*, art. 23.

50. *Zylberberg c. Sudbury Board of Education* (1988), 65 O.R. (2^e) 641 (C.A. Ont.). Voir aussi, dans le même sens, *Canadian Civil Liberties Association c. Ontario* (1990), 71 O.R. (2^e) 341 (C.A. Ont.), où un règlement imposant deux périodes hebdomadaires d'instruction religieuse chrétienne, mais prévoyant également la possibilité d'exemption pour les élèves non chrétiens, fut jugé inconstitutionnel.

qu'il n'est ni catholique ni protestant. Le cas échéant, le gouvernement ne serait cependant pas empêché de contrôler la qualification professionnelle des enseignants ou d'imposer l'enseignement de matières faisant partie d'un cursus applicable à l'échelle de la province⁵¹. Enfin, on ne saurait se plaindre, en se fondant sur la liberté de religion garantie dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, de la présence de rituels ou de symboles religieux dans une école confessionnelle.

Consacrant les droits de toute personne à l'égalité, le paragraphe 15(1) de cette même Charte a également servi de tremplin à des contestations constitutionnelles ayant trait au financement public de certains types d'établissements scolaires. On s'en est d'abord pris au financement public d'écoles confessionnelles visées par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, au motif que ce financement conférait un bénéfice inconstitutionnel à une religion particulière. Cet argument fut rejeté en raison du fait que la Constitution elle-même autorisait ce traitement préférentiel⁵², confirmant dès lors le principe voulant qu'une partie de la Constitution ne puisse être invoquée pour atténuer ou réduire à néant l'effet d'une autre⁵³. Cet arrêt ne mit pas fin aux revendications de groupes religieux estimant contestables les privilèges conférés aux confessions catholique et protestante. Ainsi, dans une espèce subséquente, des parents juifs et musulmans soutinrent que le refus par une province de financer leurs écoles privées contrevenait à la fois à l'alinéa 2a) et au paragraphe 15(1) de la Charte. Une majorité de juges de la Cour suprême du Canada leur donna tort, réitérant que le statut constitutionnel particulier conféré aux minorités catholiques et protestantes lors de la création de la fédération canadienne ne pouvait être étendu à d'autres groupes religieux, et ce, même en

51. *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284.

52. *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act*, [1987] 1 R.C.S. 1148. Il convient de noter ici que la *Charte canadienne des droits et libertés* elle-même prévoit, à son article 29, que «[l]es dispositions de la présente charte ne portent pas atteinte aux droits et privilèges garantis en vertu de la Constitution du Canada concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles.» Toutefois, dans le Renvoi précité, la Cour suprême estima que le seul statut constitutionnel de l'article 93 suffisait à le prémunir contre les effets de la Charte et qu'en ce sens, l'article 29 de celle-ci n'ajoutait rien de nouveau.

53. Ce principe devait être réitéré avec plus de force encore dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse*, [1993] 1 R.C.S. 319.

présence du paragraphe 15(1)⁵⁴. Il s'ensuit que, sous réserve des droits reconnus à l'article 93, l'État n'est en principe soumis à aucune obligation constitutionnelle de financer des écoles religieuses, la liberté de religion garantie à l'alinéa 2a) de la Charte étant du reste conceptualisée comme une liberté fondamentalement négative⁵⁵.

Comme on vient de le voir, l'édiction de la *Charte canadienne des droits et libertés* a eu en quelque sorte pour effet de laïciser le milieu scolaire, sauf dans la mesure où des garanties constitutionnelles particulières y faisaient obstacle. Mais, s'agissant de la protection des minorités dans le domaine de l'enseignement, le changement le plus important qu'a entraîné la Charte a sans doute bénéficié aux minorités de langue anglaise ou française. De fait, ne disposant que d'une protection au mieux aléatoire et indirecte avant la Charte, leurs membres ont, après l'édiction de celle-ci, vu leurs droits à l'instruction dans leur langue consacrés et élargis. Du reste, ces deux langues ont été formellement reconnues dans cette Charte comme les langues officielles du Canada⁵⁶.

L'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pose en effet le principe que tout citoyen canadien membre de la minorité anglophone au Québec ou d'une minorité francophone dans les autres provinces a le droit de faire instruire ses enfants dans sa langue aux niveaux primaire et secondaire. Fait à noter, les droits consacrés à l'article 23 sont intangibles en ce sens qu'une législature provinciale ne saurait utiliser la clause dérogatoire prévue à l'article 33 de la Charte pour y passer outre⁵⁷.

Conférés aux parents⁵⁸, ces droits ne sont toutefois pas absolus. En effet, aux termes de l'alinéa 23(1)a), seuls les parents dont la langue maternelle est le français ou l'anglais peuvent invoquer ce droit. Mais non seulement faut-il

54. *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609.

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

56. *Supra* note 46 au para. 16(1).

57. *Ibid.*, art. 33.

58. Il découle de ceci qu'un parent francophone d'un enfant unilingue anglophone issu d'un mariage mixte pourrait invoquer l'article 23, même si son enfant parle peu ou prou le français.

démontrer que la première langue apprise ait été le français ou l'anglais, on doit également prouver que cette langue est encore «comprise». Il convient au surplus de noter que l'alinéa 23(1)a ne s'appliquera au Québec que lorsque son assemblée législative le décidera, ce qui n'a pas encore été fait⁵⁹. Il en découle que pour qu'un parent anglophone puisse faire instruire ses enfants en anglais au Québec, il faut qu'il satisfasse aux autres conditions prévues à l'article 23, sa seule langue maternelle n'étant pas déterminante à cet égard. Cette exception s'explique par le fait que le Québec a été la seule province à ne pas accepter le résultat des négociations ayant mené à l'enchâssement de la Charte dans la Constitution du Canada. Or, dans la mesure où cette disposition aurait pour effet d'ouvrir l'école anglaise à toute personne établie au Québec dont la langue maternelle est l'anglais, on a estimé que les conséquences politiques de l'imposition au Québec de cette disposition auraient été telles qu'il était préférable de laisser à la législature québécoise le loisir d'y souscrire ou non.

Le droit échéant aux parents anglophones et francophones de faire instruire leurs enfants dans leur langue s'étend par ailleurs à ceux qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada⁶⁰. Ce droit échoit donc à tout parent ayant fréquenté l'école primaire anglaise ou française au Canada et qui s'établit dans une province où cette langue est minoritaire. Il s'agit là de la «clause Canada», qui a été adoptée pour faire échec aux lois linguistiques québécoises en vigueur lors de l'édiction de la Charte, lesquelles restreignaient l'accès à l'école anglaise aux seuls enfants dont les parents avaient fréquenté l'école primaire anglaise au Québec. Une fois celle-ci adoptée, les dispositions en question de la *Charte de la langue française*⁶¹ furent invalidées par la Cour suprême du Canada pour cause de non-conformité avec l'alinéa 23(1)b de la Charte canadienne⁶². Ce droit à l'instruction dans la

59. *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), c. 11 au para. 59(2).

60. *Supra* note 46, al. 23(1)b).

61. L.R.Q. c. C-11.

62. *Québec (P.G.) c. Commission des écoles protestantes du Québec*, [1984] 2 R.C.S. 66. Le régime linguistique québécois n'en continue pas moins de restreindre l'accès à l'école anglaise, sous réserve des dispositions constitutionnelles pertinentes. Ainsi, des parents francophones qui souhaiteraient envoyer leurs enfants à l'école anglaise et qui ne sauraient se prévaloir d'aucun des cas d'ouverture prévus à l'article 23 de la Charte canadienne seraient empêchés de le faire.

langue officielle minoritaire trouve enfin application dans le cas où des parents anglophones ou francophones ont déjà un enfant qui a reçu ou reçoit son instruction primaire ou secondaire au Canada dans une de ces langues. Le cas échéant, ils ont droit que tous leurs enfants reçoivent leur éducation dans la même langue s'ils déménagent dans une province où cette langue est minoritaire⁶³.

Au-delà de ces tempéraments qui limitent d'entrée de jeu la portée du droit à l'instruction dans une langue officielle minoritaire, d'autres dispositions précisent encore un peu plus cette portée. Ainsi, le paragraphe 23(2) de la Charte canadienne prévoit-il que ce droit s'exerce là où le nombre le justifie et que, le cas échéant, il comprend celui de faire instruire les enfants dans des établissements financés par des fonds publics. En ce qui a trait au critère du nombre, la Cour suprême du Canada a statué que celui-ci garantissait aux minorités linguistiques différents niveaux de droits et de services selon le nombre d'élèves en cause dans chaque espèce⁶⁴, ces droits ou services pouvant dans le concret aller d'un simple service d'autobus vers une école de langue minoritaire à la création d'un conseil scolaire francophone ou anglophone autonome, en passant par une représentation minoritaire obligatoire au conseil scolaire⁶⁵. On retient de cela que plus le nombre d'élèves de langue minoritaire est élevé, plus les tribunaux se montreront ouverts à une gestion et un contrôle autonomes par les minorités de leurs écoles. En ce qu'elle établit un lien entre l'épanouissement culturel des minorités de langues officielles et le contrôle par elles de leurs écoles, la jurisprudence de la Cour suprême se révèle d'ailleurs de plus en plus favorable à l'extension des droits scolaires de ces minorités⁶⁶. Cette politique judiciaire s'avère particulièrement avantageuse pour les minorités francophones qui, en raison de leur faible poids démographique et politique, sont plus souvent susceptibles d'être visées par des mesures niant, directement ou indirectement, leurs droits.

63. *Supra* note 46 au para. 23(2).

64. *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342.

65. *Ibid.* Voir aussi : *Re Public Schools Act (Manitoba)*, [1993] 1 R.C.S. 839.

66. Voir : *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3.

2 - Les minorités et le multiculturalisme

L'article 27 de la Charte canadienne dispose que «toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.» Qu'est-ce à dire? Peu de choses, sinon que cette disposition a sans doute une plus grande portée symbolique que juridique au sens strict. Elle ne constitue en effet qu'une disposition interprétative ne créant aucun nouveau droit substantiel⁶⁷.

Qui plus est, elle ne joue aucun rôle dans la délimitation du contenu intrinsèque des droits et libertés garantis dans la Charte⁶⁸. Ainsi, dans une espèce où il s'agissait entre autres de savoir si la propagande haineuse constituait une expression protégée au sens de l'alinéa 2b) de la Charte (garantissant à chacun la liberté d'expression), la Cour suprême du Canada nota que bien que cette forme d'expression batte en brèche les valeurs véhiculées par l'article 27, cela n'était pas en soi suffisant pour lui conférer un rôle qu'elle est appelée à jouer à un autre stade, en l'occurrence à celui de l'évaluation du caractère raisonnable des limites que pose la mesure attaquée à l'exercice d'un droit ou d'une liberté. L'article premier de la Charte canadienne prévoit en effet que cette Charte «garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.» C'est à ce stade, où le fardeau de la preuve retombe sur l'État, que le principe de multiculturalisme pourra influencer sur le sort du litige. Par exemple, la Cour suprême s'est réclamée de l'article 27 de la Charte pour confirmer la constitutionnalité d'une disposition criminalisant la diffusion de propagande haineuse, soulignant notamment «que les messages constituant de la propagande haineuse portent atteinte à la dignité et à l'estime de soi des

67. *Roach c. Canada (Ministre d'État au Multiculturalisme et à la Citoyenneté)*, [1994] 2 C.F. 406 (C.A.).

68. *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697. Voir aussi: *Canada (C.D.P.) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Ross c. Conseil scolaire du district no. 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825. Toutefois, dans des arrêts antérieurs où il s'agissait notamment de préciser les limites de la liberté de religion garantie à l'alinéa 2a), la Cour avait invoqué l'article 27 pour affirmer la nécessité de donner une définition très large à cette liberté. Voir : *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Edwards Books and Art c. La Reine*, [1986] 2 R.C.S. 713.

membres du groupe cible et, d'une façon plus générale, contribuent à semer la discorde entre divers groupes raciaux, culturels et religieux, minant ainsi la tolérance et l'ouverture d'esprit qui doivent fleurir dans une société multiculturelle vouée à la réalisation de l'égalité.»⁶⁹

Comme principe d'interprétation, la promotion du maintien et de la valorisation du patrimoine multiculturel canadien emporte donc minimalement que toute mesure gouvernementale qui viserait à s'opposer à l'exercice par les membres d'un groupe minoritaire d'un droit ou d'une liberté dont ils sont par ailleurs titulaires en vertu de la Charte et qu'ils entendent exercer à des fins de perpétuation ou d'épanouissement d'une culture minoritaire serait vue avec une suspicion accrue par les tribunaux. Cependant, une mesure gouvernementale qui enfreindrait un droit ou une liberté quelconque dans le but de promouvoir une plus grande tolérance envers les minorités pourrait à l'inverse prendre appui sur l'article 27 afin de faire échec à une contestation constitutionnelle.

Sur le plan juridique, il importe de retenir que le multiculturalisme dont la Charte canadienne fait l'apologie demeure fondamentalement un multiculturalisme libéral qui, bien qu'il légitime les tentatives bien tempérées de maintien de certaines différences culturelles, religieuses ou ethniques, n'en rejette pas moins toute velléité de séparatisme identitaire radical. Extrêmement prudente, la politique juridique des tribunaux canadiens à l'égard de l'article 27 de la Charte a en somme fourni bien peu de munitions à ceux qui recherchaient une légitimation judiciaire d'idéologies radicalement différentialistes.

L'article 27 de la Charte canadienne constitue le point culminant d'une politique officielle amorcée au début des années soixante-dix, notamment par l'édiction de la *Loi sur le multiculturalisme canadien*, laquelle fait pour l'essentiel obligation à l'administration fédérale de tenir compte et de favoriser le multiculturalisme dans ses décisions⁷⁰. Cette politique multiculturaliste, et avec elle l'article 27, a cependant suscité des débats récurrents dans l'arène politique, étant donné les multiples appropriations dont elle a fait l'objet. S'inscrivant dans une double dynamique de revendication et de

69. *Canada (C.D.P.) c. Taylor, ibid.* à la p. 919.

70. L.R.C. 1985, c. C-18.7.

fondamentalisation des droits subjectifs, celles-ci ont parfois donné lieu à de considérables exagérations quant à l'impact réel du multiculturalisme juridique au Canada. Ainsi, alors que certains activistes estiment, à tort, que le multiculturalisme officiel, tel que consacré à l'article 27, leur permet d'appréhender tout phénomène, juridique ou autre, à travers un prisme culturaliste, d'autres le dénoncent sous prétexte qu'il légitimerait constitutionnellement la création de ghettos et minerait indûment les possibilités d'un dialogue démocratique transculturel. S'il n'entre pas dans le propos de cette étude d'analyser en profondeur ces débats, il convient néanmoins de signaler la dimension idéologique des appropriations ou des critiques du multiculturalisme officiel au Canada. Les observateurs de l'évolution constitutionnelle de ce pays ne sauraient toutefois en être étonnés, puisque, dès ses origines, la politique multiculturaliste menée par le gouvernement canadien a visé à faire échec à une autre vision du pays, celle-là axée sur le biculturalisme anglais-français et qui concevait le Canada comme un «pacte» entre deux nations, l'une française, l'autre anglaise.

3 - Les minorités et les libertés publiques

Au-delà des quelques dispositions constitutionnelles explicites ayant pour vocation d'assurer la protection de certaines minorités particulières, le droit constitutionnel canadien fait également découler des libertés publiques et des droits fondamentaux qu'il consacre une protection indirecte bénéficiant aux minorités ethniques, linguistiques ou religieuses. Ces droits et libertés sont principalement garantis dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui ne s'applique que lorsqu'une action gouvernementale est en cause⁷¹, ainsi que dans des codes provinciaux des droits de la personne, qui, quant à eux, s'appliquent généralement aussi bien au secteur privé qu'au secteur public. On compte parmi les libertés protégées les libertés de conscience et de religion⁷², de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression⁷³, de réunion pacifique⁷⁴ et d'association⁷⁵. Par ailleurs, le droit fondamental le plus susceptible de servir de tremplin aux

71. *Supra* note 46, art. 32.

72. *Ibid.*, alinéa 2a).

73. *Ibid.*, alinéa 2b).

74. *Ibid.*, alinéa 2c).

75. *Ibid.*, alinéa 2d).

revendications de minorités ethniques ou religieuses est le droit à l'égalité consacré au paragraphe 15(1) de la Charte, lequel se lit comme suit : «La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.» Le paragraphe (2) du même article légitime également certains programmes de promotion sociale («discrimination positive»).

Cela dit, quelle protection les droits de la personne confèrent-ils aux minorités ethniques, religieuses ou linguistiques? Nous n'insisterons ici que sur les éléments les plus importants. Soulignons tout d'abord que la liberté de religion, à laquelle la Cour suprême a conféré une très large portée, est en cause dès lors qu'un individu croit sincèrement qu'un précepte religieux lui impose ou lui interdit de poser un geste quelconque, ou lorsqu'une mesure quelconque empêche ou restreint l'exercice d'une pratique essentielle à sa religion. Par exemple, la décision d'un parent Témoin de Jéhovah de refuser qu'une transfusion sanguine soit administrée à son enfant malade tombe sous la coupe de sa liberté de religion, même si l'État, veillant aux intérêts de l'enfant, peut néanmoins agir à son encontre, dans les limites prévues à l'article premier⁷⁶. La Cour suprême du Canada a donc refusé de restreindre la portée de la liberté de religion à l'étape de la détermination de ses limites intrinsèques, préférant plutôt en circonscrire les limites au stade de l'évaluation des justifications avancées par l'État au soutien de la mesure qui est attentatoire à cette liberté. Cela emporte que, sous l'angle de la preuve, le fardeau le plus lourd incombe à l'État plutôt qu'à la victime de la violation. Les conflits entre la liberté de religion et tout autre droit invoqué concurremment sont donc arbitrés sous l'empire de l'article premier. Nous renvoyons nos lecteurs à la section portant sur les minorités et l'enseignement pour d'autres considérations sur la liberté de religion. Ajoutons toutefois que l'exercice d'une religion a des incidences qui peuvent également être appréhendées sous l'angle des droits à l'égalité. Les tribunaux canadiens ont en effet confirmé qu'une obligation «d'accommodement», bénéficiant aux personnes affectées de manière préjudiciable dans l'exercice de leur liberté de religion par une norme à première vue neutre, incombait aux organisations

76. *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

publiques ou privées. Le simple fait que cette norme ait un effet différent sur cette personne suffit à conclure à la présence de discrimination et fait naître l'obligation d'accommodement, à moins que l'organisation en cause ne démontre que cet «accommodement» lui imposerait une contrainte excessive⁷⁷.

Qu'en est-il, en second lieu, de la liberté d'association? Qu'il suffise ici de dire que cette liberté appartient aux individus et non aux groupes qu'ils constituent⁷⁸ et comprend non seulement le droit positif de s'associer mais également celui de ne pas s'associer, encore que les contours de ce dernier ne fassent pas l'unanimité⁷⁹. Fait intéressant du point de vue des membres de groupes minoritaires, la liberté d'association protège le droit de s'associer à des fins politiques⁸⁰.

La liberté d'expression présente aussi un intérêt particulier dans le cadre de cette brève étude puisque la protection de certains groupes jugés particulièrement vulnérables peut parfois mener l'État à restreindre cette liberté. Tel fut le cas du Québec qui, pour contrer l'influence de l'anglais, langue dominante au Canada et en Amérique du Nord s'il en est, adopta à la fin des années soixante-dix la *Charte de la langue française* qui faisait du français la seule langue officielle de cette province. Cette loi procédait – et procède encore – d'une logique foncièrement collectiviste en vertu de laquelle la survie et l'épanouissement d'un groupe majoritaire sur un territoire donné mais largement minoritaire dans l'ensemble du pays justifient l'imposition de certaines restrictions à la liberté individuelle non seulement des membres de ce groupe mais aussi des autres citoyens établis sur ce territoire mais qui ne partagent pas les principales caractéristiques ethnolinguistiques du groupe qui y est majoritaire.

C'est dans cet esprit, et plus particulièrement afin de préserver le «visage linguistique» du Québec, que la première mouture de la *Charte de la langue française* imposa l'unilinguisme français dans l'affichage public. Pour mémoire, précisons que l'anglais a longtemps été présent dans l'affichage public

77. *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525.

78. *Re Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313.

79. *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209 (C.S.C.).

80. *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569.

au Québec, surtout en matière commerciale, au point parfois d'être la langue dominante ou même la seule langue employée! C'est donc pour renverser cette tendance que le législateur québécois avait jugé bon d'intervenir et d'imposer l'unilinguisme français à la fin des années 1970. Mais des membres de la minorité anglophone qui refusaient à leur tour de voir leur propre visage linguistique effacé de l'espace public invoquèrent que l'interdiction d'afficher dans une langue autre que le français brimait leur liberté d'expression garantie dans la *Charte canadienne de droits et libertés*. Après avoir signalé que cette liberté protégeait également la liberté d'expression commerciale, la Cour suprême du Canada statua que l'exigence d'unilinguisme français portait atteinte à cette liberté d'une manière qui ne pouvait se justifier dans une société libre et démocratique, le choix de la langue d'affichage ayant une dimension symbolique et psychologique qui va bien au-delà des considérations a priori économiques inspirant l'affichage commercial⁸¹. Cependant, il fut décidé qu'exiger la présence du français sur des documents commerciaux sans pour autant proscrire celle d'autres langues constituait une limite raisonnable à la liberté d'expression⁸². Fait à noter, la Cour suprême signala dans ces arrêts que le gouvernement du Québec pouvait légitimement légiférer afin de protéger le français, élément essentiel de la spécificité de cette province mais aussi langue vulnérable en raison d'une dynamique linguistique qui lui est globalement défavorable autant au Canada que dans le reste de l'Amérique du Nord.

Du reste, des mesures législatives visant à protéger des groupes estimés vulnérables, qu'il s'agisse de groupes minoritaires sur le plan démographique ou minorisés à l'échelle sociale, feront en principe l'objet d'un contrôle judiciaire moins strict et pourront par conséquent être plus facilement justifiées par l'État sous l'empire de l'article premier de la *Charte canadienne*⁸³. De fait, la Cour suprême accorde une plus grande latitude au législateur lorsqu'il s'agit d'identifier de tels groupes vulnérables et d'intervenir afin de les protéger ou d'améliorer leur condition. Dans le concret, cela signifie que la contestation constitutionnelle d'une telle intervention au motif qu'elle restreint indûment une liberté fondamentale risquera de s'avérer plus ardue puisque cette intervention est faite au nom de valeurs protégées par la *Charte* elle-même. Ainsi, tel que

81. *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712.

82. *Devine c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 790.

83. *Irwin Toy Ltd. c. Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927.

mentionné précédemment, il a été jugé que la protection de certains groupes ethniques, religieux ou raciaux contre les effets pernicioeux de la propagande haineuse dirigée à leur endroit justifiait la criminalisation de ce type de propagande et permettait que soit restreinte la liberté d'expression des individus s'y livrant⁸⁴.

On le voit, l'approche préconisée par les tribunaux canadiens en ce qui a trait au recours aux libertés publiques pour protéger les minorités est en quelque sorte à géométrie variable : autant l'affirmation de certaines libertés que la restriction d'autres peuvent, selon le contexte, contribuer à la réalisation de cet objectif légitime. L'interprétation que donne la Cour suprême aux droits à l'égalité garantis à l'article 15 de la Charte est de la même eau. Mise en œuvre de manière à tenir compte de tous les facteurs sociaux pertinents compte tenu du contexte de chaque espèce, cette disposition constitutionnelle est interprétée de manière concrète plutôt que simplement formelle, de sorte que, parfois, un traitement différent pourra être jugé comme étant plus susceptible de favoriser l'égalité d'un groupe qu'un traitement similaire⁸⁵. Visant autant la discrimination directe qu'indirecte et même systémique, l'objectif fondamental de l'article 15 est de s'assurer que tous soient traités sans discrimination fondée sur un motif expressément prohibé ou analogue à ceux qui le sont⁸⁶, de telle manière que soit respectée leur égale dignité humaine⁸⁷. Cela dit, si les minorités ethniques ou religieuses sont expressément visées par cette disposition, les minorités linguistiques ne le sont pas. Or, si la langue pourrait certes constituer un motif analogue de discrimination dans certains cas, force est cependant de constater que les tribunaux canadiens se sont montrés plutôt enclins à concrétiser le principe d'égalité linguistique entre citoyens francophones et anglophones en se fondant sur d'autres dispositions de la Constitution, dont certaines ont déjà fait l'objet de commentaires.

84. *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

85. *Weatherall c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 872.

86. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

87. *Law c. Canada*, [1999] 1 R.C.S. 497.

4 - Le cas particulier des peuples autochtones

Les peuples autochtones occupent une place à part dans la société canadienne. Deux remarques s'imposent d'emblée à leur égard. D'une part, on ne saurait ignorer les distinctions qui existent entre chacune des très nombreuses nations autochtones présentes sur le territoire canadien. D'autre part, malgré ces différences, leur histoire et leur évolution ont été marquées de façon indélébile par les relations, la plupart du temps difficiles, qu'elles ont entretenues avec les colons européens qui se sont établis au Canada depuis le dix-septième siècle.

Lors de la création de la fédération canadienne en 1867, le Parlement fédéral s'est vu attribuer la compétence constitutionnelle de légiférer sur «les Indiens et les terres réservées pour les Indiens»⁸⁸. Il a exercé cette compétence dès 1876 en adoptant un *Acte pour amender et refondre les lois concernant les Sauvages*⁸⁹, devenu depuis la *Loi sur les Indiens*⁹⁰. Pour l'essentiel, cette loi pose les critères pour obtenir le statut d'«Indien», lequel confère certains privilèges comme celui d'habiter sur une réserve. Cela dit, on peut être «autochtone» et reconnu comme tel par ses pairs sans nécessairement être un «Indien» visé par cette loi. Tel est le cas, par exemple, des Inuits. Par ailleurs, le Parlement fédéral a pu, par le biais de sa compétence sur les Indiens, légiférer à leur égard sur des matières qui, normalement, relèvent de la compétence des provinces, comme en matière de succession et de sûretés immobilières. Cela dit, les lois provinciales d'application générale s'appliquent néanmoins aux Indiens, à moins qu'elles n'aient trait à la définition de la quiddité indienne, auquel cas elles seraient inconstitutionnelles, ou qu'elles entrent en conflit avec une loi fédérale, auquel cas la règle de la primauté du droit fédéral s'appliquerait.

Le titre originel de la *Loi sur les Indiens* indique d'une certaine façon le sort qu'on a longtemps voulu réserver aux autochtones. En effet, on les a considérés pendant plusieurs décennies comme des «sauvages» bons à civiliser, donc à assimiler, ou, c'est selon, à reléguer à la marge de la société. Or, si le droit légiféré a servi d'outil privilégié afin de mettre en œuvre de telles politiques, le droit prétorien, pour sa part, a en quelque sorte agi comme

88. *Supra* note 6 au para. 91(24).

89. 1876, S.C. 39 Vict., c. 18.

90. L.R.C. 1985, c. I-5.

contrepois en reconnaissant aux autochtones des droits ancestraux découlant de leur occupation antérieure du territoire⁹¹, en donnant effet à des traités conclus entre certaines nations autochtones et la Couronne⁹² et en reconnaissant l'existence d'une «obligation fiduciaire» incombant à la Couronne dans l'exercice de ses responsabilités à l'égard des autochtones⁹³. Fondée sur la relation de confiance devant exister entre les peuples autochtones et la Couronne, cette obligation, exécutoire en droit, exige de cette dernière qu'elle agisse de manière à assurer aux autochtones la jouissance de leurs droits ancestraux et l'usage de leurs terres ou, plus généralement, que toute action susceptible d'affecter cette jouissance ou cet usage bénéficie en bout de ligne aux nations autochtones concernées. Réduite à sa plus simple expression, l'obligation fiduciaire de la Couronne implique que cette dernière agisse avec bonne foi et loyauté dans l'optique de protéger les intérêts de ces nations⁹⁴.

Échelonnées sur plusieurs décennies, ces interventions judiciaires se sont cependant avérées insuffisantes à bien des égards pour protéger adéquatement les droits des peuples autochtones. La situation devait toutefois être radicalement transformée avec l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui prévoit notamment à son paragraphe 35(1) que «[l]es droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.» Cette confirmation constitutionnelle des droits des peuples autochtones, définis ici comme comprenant les Indiens, les Métis et les Inuits, a donné une impulsion nouvelle aux revendications autochtones au Canada.

À la lumière d'une série d'arrêts de la Cour suprême, on peut résumer ainsi les droits dont disposent, en vertu de la Constitution, les peuples autochtones du Canada. Premièrement, ceux-ci peuvent exercer leurs droits ancestraux, lesquels découlent du fait que ces peuples constituaient, avant le contact avec les Européens, des entités autonomes qui occupaient l'essentiel du territoire de ce qui est aujourd'hui le Canada. Ces droits ancestraux protègent

91. Voir entre autres : *Calder c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1973] R.C.S. 313; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

92. Voir entre autres : *Simon c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025.

93. *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

94. *Bande indienne de Wewaykum c. Canada* (2002), CSC 79 (6 décembre 2002).

les pratiques, coutumes ou traditions jouant un rôle central dans la culture du peuple autochtone les revendiquant. Fait important, la pratique, coutume ou tradition doit remonter à la période précédant le contact, de sorte que celles ayant émergé après cette période ne reçoivent aucune protection constitutionnelle aux termes de l'article 35⁹⁵. Pareille exigence a été sévèrement critiquée au motif qu'elle tend à fossiliser et à nier les possibilités d'évolution des cultures autochtones. Deuxièmement, cet article 35 a conféré une protection accrue aux droits autochtones découlant de traités anciens ou modernes. Une interprétation large doit être donnée au mot «traité» et, au surplus, un tel traité doit, en cas d'ambiguïté, être interprété en faveur de la partie autochtone⁹⁶. Troisièmement, cette disposition constitutionnelle protège également le titre aborigène, lequel confère un droit collectif *sui generis* d'occupation exclusive d'un territoire à un peuple autochtone capable de démontrer par différents moyens de preuve, y incluant des récits ou des légendes, qu'il occupait ce territoire avant que la Couronne n'affirme sa souveraineté sur lui. À ce droit d'occupation s'adjoignent divers droits liés à l'usage de ce territoire⁹⁷. Le titre aborigène est par ailleurs inaliénable, sauf en faveur de la Couronne.

Précisons à cet égard qu'autant les droits ancestraux que ceux découlant de traités ou protégés par le titre aborigène peuvent être éteints. Toutefois, à l'inverse de la situation prévalant avant l'édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'extinction unilatérale de ces droits par une simple loi du Parlement fédéral est désormais impossible. Au contraire, la jurisprudence rendue en vertu de l'article 35 pose que ces droits ne peuvent être éteints, d'une part, que si leurs titulaires, c'est-à-dire les peuples autochtones concernés, y consentent, généralement dans un traité signé avec la Couronne, ou, d'autre part, que si un amendement constitutionnel portant extinction de ces droits est adopté. Or, même si les peuples autochtones ne sont pas des acteurs constitutionnels directement impliqués dans le processus d'amendement constitutionnel, le consentement de la Couronne fédérale à l'extinction de leurs droits sans les avoir préalablement consultés constituerait vraisemblablement une violation de

95. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 335. Cependant, les simples changements quant à la manière de réaliser une activité qui serait par ailleurs qualifiée de «droit ancestral» ne feront pas obstacle à cette qualification.

96. Voir entre autres : *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025.

97. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

son obligation fiduciaire. Cela dit, l'impossibilité d'éteindre unilatéralement ces droits n'emporte pas comme conséquence que l'État ne puisse, dans une certaine mesure, en restreindre l'exercice. Toute telle restriction doit cependant être justifiée par un objectif législatif important et être opérée en tenant compte des obligations fiduciaires de la Couronne envers les autochtones concernés⁹⁸. Le fait que ces derniers aient été consultés, que la restriction soit relativement minime ou qu'une compensation quelconque ait été versée constitueront des facteurs à considérer en vue de déterminer si la restriction en cause est justifiable⁹⁹.

Les importants développements jurisprudentiels survenus depuis 1982 ont incité les gouvernements canadiens à modifier leur approche vis-à-vis des peuples autochtones présents sur le territoire du Canada et à établir des partenariats fondés sur la coopération et l'égalité plutôt que sur la subordination. À cet égard, leur plus grand défi est probablement de trouver des moyens de concrétiser les revendications autochtones ayant trait à l'autonomie gouvernementale et qui s'appuient dans une large mesure sur l'article 35 de la Constitution. Des ententes, comme le Traité Nisga'a, ont déjà été conclues en ce sens. Mais si l'action des tribunaux a certes pu paver la voie à de telles ententes, il reste que c'est vraiment aux acteurs politiques autochtones, fédéraux et provinciaux, qu'il appartient de réaliser la promesse d'autonomie gouvernementale contenue dans l'article 35. Surtout, c'est à eux qu'incombe la tâche de défendre ces ententes contre ceux qui associent démagogiquement la reconnaissance de droits spécifiques aux autochtones à une contravention du principe d'égalité.

98. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

99. Voir : R. Mainville, *An Overview of Aboriginal and Treaty Rights and Compensation for their Breach*, Saskatoon, Purich Publishing Ltd., 2001.