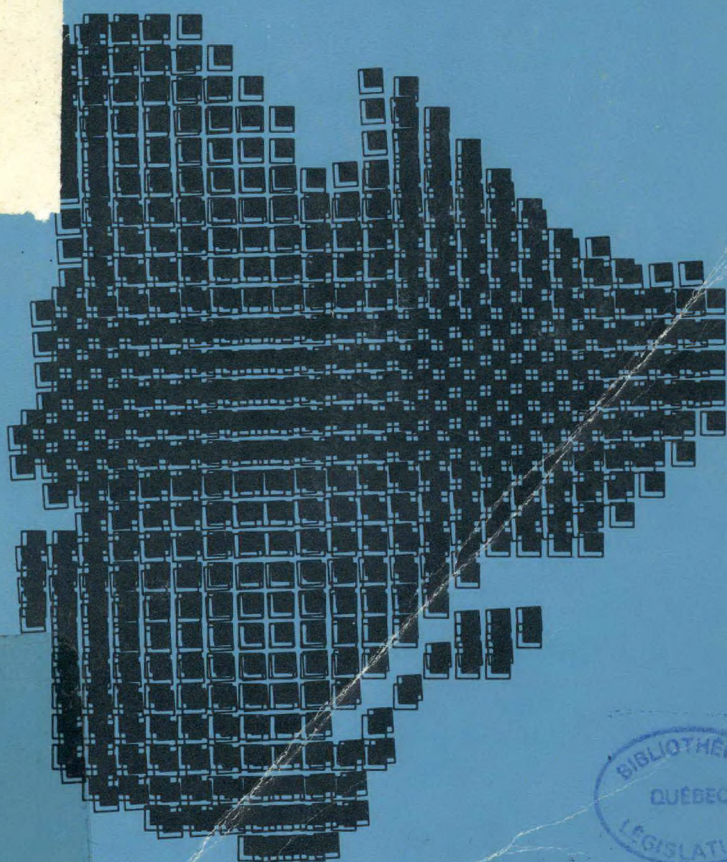


La situation de la langue française au Québec

2 Les droits linguistiques

rapport de la commission
d'enquête sur la situation
de la langue française et
sur les droits linguistiques
au Québec





Gouvernement du Québec

**Rapport de la Commission d'enquête sur la situation
de la langue française et sur les droits linguistiques
au Québec**

Livre II
Les droits linguistiques

Québec, décembre 1972

A11D6

A29

SS2

1972

2

E2

OL

P. gour

**Commission d'enquête sur la situation de la langue
française et sur les droits linguistiques au Québec**

Commissaires

**Jean-Denis Gendron,
Président**

Madame Madeleine Doyon-Ferland

Aimé Gagné

Nicolas Mateesco Matte

Edward McWhinney

Secrétaire

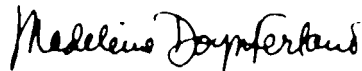
Jean-Guy Lavigne

Au Conseil des ministres,

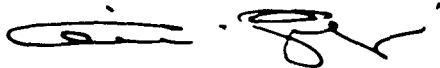
Nous, membres de la Commission d'enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques au Québec, avons l'honneur de présenter, conformément au mandat que nous avons reçu, la deuxième tranche du rapport qui porte sur les droits linguistiques au Québec.



Président



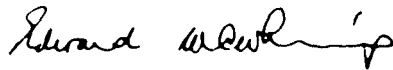
Commissaire



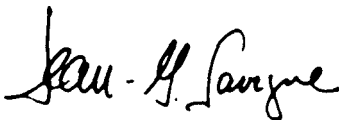
Commissaire



Commissaire



Commissaire



Secrétaire

Montréal, le 31 décembre 1972.

AI
D
124
SS2
2
E.B
OL
Majors

IV

Arrêté en Conseil

Chambre du Conseil Exécutif

Numéro 3958

9 décembre 1968.

PRÉSENT:

Le lieutenant-gouverneur en conseil

CONCERNANT une enquête sur la situation de la langue française au Québec et les mesures à prendre pour en assurer le plein épanouissement, ainsi que sur les droits linguistiques des citoyens du Québec.

VU la complexité du problème linguistique au Québec et l'urgence d'y apporter des solutions;

VU les responsabilités du Québec à l'égard de la langue de la majorité de ses citoyens;

VU la nécessité d'une politique linguistique qui tienne compte du caractère du Québec en Amérique du Nord et de ses relations avec les autres provinces du Canada et le gouvernement fédéral;

ATTENDU QU'il est essentiel de faire enquête sur la situation de la langue française au Québec;

ATTENDU QUE pour les mêmes motifs, il est essentiel de rechercher les moyens les plus aptes à garantir l'exercice des droits linguistiques de la majorité dans le respect des droits de la minorité;

IL EST ORDONNÉ, en conséquence, sur la proposition du Premier Ministre:

QUE soit constituée, sous l'autorité de la loi des commissions d'enquête, (S.R.Q. 1964, chapitre 11), une commission pour faire enquête et rapport sur la situation du français comme langue d'usage au Québec, et pour recommander les mesures propres à assurer:

- a) les droits linguistiques de la majorité aussi bien que la protection des droits de la minorité;
- b) le plein épanouissement et la diffusion de la langue française au Québec dans tous les secteurs d'activité, à la fois sur les plans éducatif, culturel, social et économique;

QUE monsieur Jean-Denis Gendron et madame Madeleine Doyon-Ferland, de Québec, monsieur Edward McWhinney, monsieur Nicolas Mateesco-Matte et monsieur Aimé Gagné, de Montréal, soient nommés membres de cette commission d'enquête, et que monsieur Jean-Denis Gendron agisse comme président;

QUE monsieur Guy Frégault, de Québec, soit nommé secrétaire de cette commission;

QUE cette commission soit tenue de faire rapport au gouvernement dans les douze mois de la date d'approbation du présent arrêté en conseil ou dans tout autre délai qui sera subséquemment fixé, et que le maximum de ses frais soit fixé à \$100,000.00.

Copie conforme

Jacques Prémont
Le Greffier du Conseil exécutif

Note: M. Guy Frégault a démissionné au mois de septembre 1969 et fut remplacé par M. Jean-Guy Lavigne en décembre 1969.

VI

Arrêté en Conseil

Chambre du Conseil Exécutif

Numéro 3084

15 octobre 1969

PRÉSENT:

Le lieutenant-gouverneur en conseil

CONCERNANT une enquête sur la situation de la langue française au Québec et les mesures à prendre pour en assurer le plein épanouissement, ainsi que sur les droits linguistiques des citoyens du Québec

IL EST ORDONNÉ sur la proposition du Premier ministre:

QUE le délai accordé à la Commission chargée de faire enquête et rapport sur la situation de la langue française au Québec, constituée par l'arrêté en conseil 3958 du 9 décembre 1968 soit prolongé jusqu'au 9 décembre 1970.

Copie conforme

Jacques Prémont,

Le Greffier du Conseil exécutif

Arrêté en Conseil

Chambre du Conseil Exécutif

Numéro 4419

2 décembre 1970

PRÉSENT:

Le lieutenant-gouverneur en conseil

CONCERNANT une enquête sur la situation de la langue française au Québec et les mesures à prendre pour en assurer le plein épanouissement, ainsi que sur les droits linguistiques des citoyens du Québec

IL EST ORDONNÉ sur la proposition du Premier ministre:

QUE le délai accordé à la Commission chargée de faire enquête et rapport sur la situation de la langue française au Québec, constituée par l'arrêté en conseil numéro 3958 du 9 décembre 1968 soit prolongé jusqu'au 31 mars 1972.

Julien Chouinard,
Le Greffier du Conseil exécutif

VIII

Arrêté en Conseil

Chambre du Conseil Exécutif

Numéro 3541

20 octobre 1971

PRÉSENT:

Le lieutenant-gouverneur en conseil

CONCERNANT une enquête sur la situation de la langue française au Québec et les mesures à prendre pour en assurer le plein épanouissement, ainsi que sur les droits linguistiques des citoyens du Québec

IL EST ORDONNÉ sur la proposition du Premier ministre:

QUE le délai accordé à la Commission chargée de faire enquête et rapport sur la situation de la langue française au Québec, constituée par l'arrêté en conseil numéro 3958 du 9 décembre 1968 soit prolongé jusqu'au 31 décembre 1972, date à laquelle la Commission remettra son rapport final au gouvernement, ou à défaut, tous les documents pertinents à son enquête.

Julien Chouinard,
Le Greffier du Conseil exécutif

Table des matières

	PAGE
Note liminaire	3
1. Le mandat de la Commission	5
a) Le mandat de la Commission vu sous l'angle juridique	5
b) Le mandat envisagé sous l'angle politique	6
2. Les principaux faits sociaux dont la Commission doit tenir compte dans l'exercice de son mandat	9
3. Les principaux intérêts sociaux que la Commission a entendu exprimer et dont elle doit tenir compte dans ses recommandations	11
4. Les données constitutionnelles. — Domaine où le Québec peut légiférer en matière de langue	14
a) Le droit international. — Rôle et champ d'application	15
b) La constitution fédérale du Canada	15
c) La <i>Déclaration canadienne des droits</i> (1960)	17
d) Pouvoir législatif de l'Assemblée nationale du Québec	18
e) Absence de doctrine constitutionnelle fédérale ou québécoise touchant les «droits acquis», les «droits collectifs» ou les «droits des groupes»	18
f) Articles 133 et 93 de l' <i>A.A.N.B.</i>	19
5. Modalités constitutionnelles. — Éventail des options linguistiques qui s'offrent au Québec et aspects constitutionnels de chacune	21
a) Options linguistiques. — Définitions provisoires	21

b) Modalités constitutionnelles. — Les options en matière de «langue(s) officielle(s)». Avis de juristes sur les pouvoirs juridiques et constitutionnels	28
c) Modalités constitutionnelles. — Le domaine de la «langue de travail»	33
d) Opinions de juristes sur le pouvoir de légiférer en matière de langue de travail d'après la constitution	35
e) Droit théorique et droit vécu. Limitation socio-éthique à la mise en œuvre des lois	38
f) Accès aux cadres supérieurs du secteur économique et des autres secteurs. au Québec	40
g) Modalités constitutionnelles. — Langue d'enseignement	43
h) Modalités constitutionnelles. — Situation juridique particulière des étrangers et des naturalisés au Québec	44
6. Planification dans le domaine linguistique. — Affirmations antérieures par le gouvernement québécois de sa compétence juridique et constitutionnelle en matière de langue; réactions des autres provinces	48
7. Droits de la majorité et droits de la minorité	51
a) Protection constitutionnelle. — Les mécanismes	52
b) Intérêts garantis par la constitution. — Déclaration des droits	55
c) Les traités	57
d) Représentation politique des minorités nationales. Le scrutin de liste d'Europe continentale	58
e) Le Québec peut-il tirer parti des exemples étrangers?	59
8. Résumé du rapport sur les droits linguistiques	62
9. Conclusions et recommandations touchant les droits linguistiques. — Observations générales	65
a) Confusion entre le droit tel qu'il est et tel qu'on le voudrait	65
b) L'écueil des solutions universelles	66
c) Le polycentrisme de la crise québécoise	66
d) Le domaine de la langue officielle ou de la langue nationale	67
e) Le domaine du travail	68
f) Priorités d'application des politiques linguistiques	70

g) Enseignement	71
h) Étrangers et naturalisés	73
i) L'art des solutions. — Incitation modérée ou sanctions pénales?	75
j) Le piège de la codification et des garanties constitutionnelles	76
k) Vers un équilibre constitutionnel des forces. — Représentation proportionnelle	77
l) Crise québécoise et crise mondiale. — Esprit de modération et société québécoise	78
10. Résumé des conclusions et recommandations sur les droits linguistiques	78
Note:	
Situation des étrangers et des naturalisés s'établissant au Québec, eu égard en particulier à l'enseignement.	81
Appendices	85
A. Théorie juridique et droit comparé. — Opinions	87
(i) — Acquired Rights. Carl Friedrich (Université Harvard et Université de Heidelberg)	87
(ii) — <i>Elites and Elite Formation</i> . Harold D. Lasswell (Université Yale).	99
(iii) — Legal protection of Racial and Linguistic Minorities in Europe. Gerhard Leibholz (Cour constitutionnelle fédérale de l'Allemagne de l'Ouest et Université de Göttingen).	105
(iv) — Les droits linguistiques et culturels des minorités en Europe. W.J. Ganshof van der Meersch (Université de Bruxelles). (A noter que la première partie seulement de l'étude M. W.J. Ganshof van der Meersch est incluse. Les Annexes détaillées relatives à cette étude seront publiées dans un autre volume).	125
B. La compétence constitutionnelle et juridique pour instituer une langue ou des langues officielles au Québec. — Opinions.	199
(i) — Gérald Beaudoin (Université d'Ottawa)	199
(ii) — Louis M. Bloomfield, C.R. (Montréal)	219

(iii) — Jean-Charles Bonenfant (Université Laval, Québec)	257
(iv) — François Chevette (Université de Montréal)	293
(v) — Pierre Patenaude (Université de Sherbrooke)	317
(vi) — Stephen Allan Scott (Université McGill, Montréal)	331
C. La compétence constitutionnelle et juridique pour instituer une langue de travail au Québec. — Opinions.	353
(i) — Albert Abel (Université de Toronto)	353
(ii) — Gérard Beaudoin (Université d'Ottawa)	361
(iii) — Henri Brun et Jean-K. Samson (Université Laval, Québec).	371
(iv) — Stephen Allan Scott (Université McGill, Montréal)	385
D. Droit québécois.	403
(i) — Les concepts de «droits acquis», de «droits des groupes» et de «droits collectifs». François Chevette (Université de Montréal)	403
<i>Annexe 1</i>	451
Article 93 A.A.N.B.	
<i>Annexe 2</i>	452
Article 22 de l'Acte du Manitoba	
<i>Annexe 3</i>	452
Article 133 A.A.N.B.	
(ii) — Législation et pratique administrative en matière de langue, et initiatives des autres provinces. Résumé par Herbert Marx (Université de Montréal)	453
<i>Annexe A</i>	
Nomenclature de la législation québécoise sur les droits linguistiques.	463
<i>Annexe B</i>	
Directive administrative du Gouvernement du Québec concernant la langue des communications.	474

Rapport sur les droits linguistiques

Note liminaire

La philosophie inspirant le présent rapport peut se ramener aux deux grands principes de la démocratie constitutionnelle contemporaine: premièrement, on doit exercer le pouvoir avec mesure et il convient d'établir des priorités dans l'action politique plutôt que de tout entreprendre à la fois; deuxièmement, on doit compter avec le temps et mettre les idées à l'épreuve, dans des situations concrètes, si on veut concilier et équilibrer les intérêts sociaux, qui peuvent paraître en opposition sous la forme où ils sont énoncés par les groupes et les associations.

1. Le mandat de la Commission

a) Le mandat de la Commission vu sous l'angle juridique

Le mandat de la Commission, explicite quant à l'examen des moyens à prendre pour assurer le plein épanouissement du français au Québec, est toutefois d'un énoncé relativement général et abstrait. À cet égard, il ressemble plus à une charte constitutionnelle qu'aux attributions d'une commission royale d'enquête. Le libellé du mandat, tout comme celui d'une constitution, ne prend toute sa signification et ne devient opérant que précisé et développé en fonction de principes secondaires plus concrets et plus immédiatement applicables aux problèmes à résoudre. L'analogie se confirme, si on observe que le mandat, tout comme divers instruments constitutionnels conçus pour des sociétés «difficiles», renferme sa propre antithèse, soit en l'occurrence, l'obligation de prendre en considération les droits de la minorité dans la province. La constitution type à cet égard serait celle de Weimar, née de la défaite militaire, du désordre politique et de l'anarchie sociale que l'Allemagne a connus après la Première guerre mondiale. S'il est des situations où le plein épanouissement du français peut se réaliser sans empiéter sur les droits de la minorité ni restreindre ces droits, bon nombre d'entre elles donneront lieu à des oppositions manifestes entre les deux conceptions. Ainsi la tâche de la Commission, — et de ceux qui auront à prendre des décisions politiques pour appliquer ses recommandations, — consiste à équilibrer des intérêts rivaux; mais il est entendu que l'option définitive entre ces intérêts différents, qui s'opérera en même temps que l'élaboration des principes évoqués plus haut, pourra obliger à réduire la part faite à certains d'entre eux au moment même où on permettrait à d'autres de se réaliser. Ce

principe d'équilibre et le choix inévitable entre les valeurs en présence que comportent les recommandations finales, s'insère, bien entendu, dans le processus de décision collective inhérent à la société démocratique moderne. Si, habituellement, les autorités s'emploient à satisfaire tous les intérêts qui se font entendre, voire à les réaliser tous, elles ne peuvent cependant se soustraire à l'obligation de se prononcer entre des intérêts rivaux. Par contre, il leur est loisible de le faire en tentant d'atténuer ce qu'il peut y avoir d'arbitraire ou de capricieux dans les attitudes personnelles c'est-à-dire, en essayant de réduire au minimum le risque de se laisser emporter par des préjugés ou par des préférences totalement subjectives; à cet effet, elles ne devraient prendre de décision touchant l'intérêt collectif qu'à la lumière d'un dossier circonstancié et devraient justifier les valeurs auxquelles elles se seront ralliées en effectuant leur choix ultime.

La tâche de la Commission est d'autant plus difficile que ses membres n'ont pas de pouvoirs de décision politique. Ils ne peuvent donc s'appuyer, en formulant leurs recommandations, sur un mandat politique qui les dégagerait de l'obligation d'étudier les divers aspects de la situation sociale actuelle au Québec et de tenir compte des faits majeurs qu'ils auraient découverts. C'est pourquoi la Commission a mis sur pied un programme de recherche scientifique sur l'état du Québec actuel et sur les conditions qui y règnent; c'est pour cette raison également qu'elle a tenu des séances publiques dans tout le Québec. Ces moyens permettaient d'observer la multiplicité des intérêts sociaux en présence en se fondant sur le postulat de William James, fondateur du pragmatisme, voulant que toute exigence ou revendication sociale soit à noter dès qu'elle se manifeste. Ils permettaient aussi d'identifier les principaux faits sociaux conditionnant ou limitant le développement futur du Québec et, par conséquent, d'établir jusqu'à quel point il était possible ou il convenait de faire droit, par des mesures collectives, aux divers intérêts sociaux exprimés.

b) Le mandat envisagé sous l'angle politique

La commission royale, telle qu'elle existe au Québec et au Canada en général, est une institution essentiellement anglaise par ses origines constitutionnelles; toutefois, elle a été fortement influencée dans son évolution récente par deux types de commissions fédé-

rales américaines: les commissions d'enquête du Congrès et celles de l'exécutif, telle la Commission Hoover. Aujourd'hui, dans le cadre constitutionnel anglais, une commission royale reçoit ordinairement à sa création un mandat précis, qui se limite essentiellement à l'enquête, au sens strict du terme, à l'exclusion de tout jugement ou appréciation de caractère politique. La commission royale anglaise ne comprend, en règle générale, qu'un seul titulaire, et celui-ci est ordinairement juge de la Cour suprême ou d'une cour d'un rang plus élevé. Par contre, les commissions d'enquête américaines ne se bornent pas à l'investigation, mais abordent directement les questions d'appréciation politique; parfois même, elles prennent des «tangentes» dans le domaine politique, ne se considérant pas comme trop liées par les délimitations de leur mandat. La plupart du temps, elles se composent de plusieurs membres; pour les commissions créées par le Congrès, ceux-ci ne sont jamais recrutés parmi les juges et ils ne le sont que très rarement dans le cas des commissions créées par l'exécutif. L'évolution historique des commissions du Congrès, quant à leur rôle et à leur sphère d'action, est illustrée par diverses causes: *Kilbourn c. Thompson* (103 U.S. 168, 1880), *McGrain c. Daugherty* (273 U.S. 135, 1927) et *Tenney c. Brandhove* (341 U.S. 367, 1951). Voir *Report on a Report*, Gelhorn, 60 Harvard Law Review 1193 (1947) et *Symposium, Congressional Investigations*, 18 University of Chicago Law Review 423, 1951.

La commission royale d'enquête, dans son évolution historique au Québec et au Canada, a emprunté certains traits des commissions américaines, notamment la multiplicité des membres avec tout ce que cela comporte de problèmes d'organisation administrative, de cohésion interne et de bon fonctionnement. D'autre part, si, au Québec et au Canada, les commissaires ne sont pas normalement des juges, ils se considèrent comme tenus de se limiter à leur mandat et d'en respecter les dispositions, et d'éviter les questions débouchant sur des positions politiques partisans. Il est manifeste en effet, eu égard au serment que doivent prêter les commissaires avant d'entrer en fonction, et étant donné que leur mandat est constitué avec la sanction du conseil exécutif, que non seulement il serait déplacé de leur part, mais aussi au-delà de leurs pouvoirs, de ne pas limiter les recommandations, selon la pratique constitutionnelle d'origine britannique, à des conclusions ou propositions générales, tirées par induction des données que la Commission aura réunies

conformément à son mandat. Dans le cas de la présente commission, il découlait de cette conception rigoureuse que les commissaires devaient s'abstenir de toute position *a priori* ou de toute préférence tenant à leur philosophie ou à leurs idées politico-économiques personnelles, quelles qu'elles fussent. Aussi les commissaires ont-ils suspendu leur jugement en attendant que le programme de recherche de la Commission, axé sur les problèmes à étudier, soit suffisamment organisé, et que les données réunies à l'aide des moyens scientifiques mis en œuvre soient classées et analysées. Il est arrivé qu'on laisse entendre à la Commission que ses membres devaient se considérer comme représentants de tel ou tel groupe de pression politique ou social de la collectivité québécoise. Aucun des cinq commissaires n'eût accepté pareille fonction. De plus, ce rôle se serait révélé impossible à tenir, étant donné le caractère extrêmement varié et pluraliste de la société québécoise, ainsi que ses polarisations diverses, même dans les catégories habituelles ou classiques de sa population. Par exemple, on peut répartir la collectivité dite anglophone du Québec en deux groupes: ceux dont l'anglais est la langue maternelle et les immigrés pour qui l'anglais est la première langue acquise au Québec; les possibilités économiques et sociales s'offrant à chacun de ces deux groupes et leurs attitudes sociales élémentaires accusent souvent de fortes différences, ainsi que l'ont démontré les témoignages devant la Commission. Même au sein du groupe dit anglo-saxon, il n'y a pas nécessairement communauté absolue d'intérêts, comme on l'a vu récemment à l'occasion de la controverse touchant la proposition de fermer l'Université Loyola, qui est catholique; en effet, cette collectivité embrasse les anglo-protestants, élément dit «wasp» (White Anglo-Saxon Protestants), et les catholiques d'origine irlandaise.

Même si cette identification simpliste des commissaires à des groupes de pression politiques ou sociaux était possible, elle serait incompatible avec l'obligation de réunir scientifiquement les faits et de bien peser les témoignages avant d'en arriver à porter un jugement objectif sur la situation et à faire les recommandations qui s'imposent. Cette obligation découle de la «*Common Law*» et de l'histoire constitutionnelle de l'Angleterre, mais elle a aussi des racines dans le droit civil et dans les traditions du continent européen en matière d'enquête judiciaire. Préconiser une commission «politiquement» représentative, c'eût été rendre futiles les méthodes objectives et les enquêtes minutieuses et scientifiques

auxquelles la Commission a eu recours pour définir la réalité sociale et, à partir de celle-ci, formuler ses conclusions. S'ils avaient suivi ce raisonnement, les commissaires auraient bien pu se dispenser de faire leur enquête et leurs recherches scientifiques et rendre leur jugement en toute liberté, dès leur nomination, d'après le seul mandat qu'ils avaient reçu. De fait, l'argument en faveur d'une commission «représentative» apparaît comme rétrograde, du point de vue juridique. En effet, il rappelle les juges du peuple, dits «représentatifs», de l'Allemagne nazie de l'entre-deux-guerres: ils n'étaient armés que du «solide bon sens du peuple» (*Volksempfindung*) et formellement exemptés par la loi d'avoir à se fonder, pour leurs conclusions, sur des faits établis et contrôlés. On peut aussi noter des analogies avec les jugements tout d'impressions que devaient rendre les juges soviétiques vers 1917-1920, époque où triomphaient les idées de Petrazycki sur la libre recherche des principes de droit; ces juges qui ne s'embarassaient pas de formation judiciaire, se contentaient de leur «conscience socialiste révolutionnaire». Qu'il suffise ici de rappeler que la Commission s'est fait un principe juridique et moral de mettre de côté tout lien avec des partis politiques et toute fidélité sectaire, et de fonder sa décision uniquement sur un dossier scientifique correctement établi. S'il a fallu du temps pour constituer ce dossier et peser les témoignages, toute autre méthode eût été incompatible avec le mandat de la Commission et l'obligation pour les commissaires de chercher la vérité par une méthode scientifique.

2. Les principaux faits sociaux dont la Commission doit tenir compte dans l'exercice de son mandat

Tout d'abord, distinguons comme ne relevant pas de la compétence de la Commission les influences extra-provinciales qui s'exercent sur la société québécoise. Citons à ce titre les politiques fédérales, et plus particulièrement les programmes économiques dont les effets sont manifestes sur les investissements, et, par voie de conséquence, sur le niveau de l'emploi. Les faits sociaux

essentiels qui semblent se dégager de nos recherches et de nos séances publiques – et qui pourraient bien se répercuter sur nos recommandations d'ordre juridique et constitutionnel – sont exposés ci-après:

- i) L'infériorité historique des Canadiens français au Québec sur le plan économique;
- ii) La façon négative dont l'élite économique anglophone du Québec a toujours perçu les revendications canadiennes-françaises touchant l'égalité des chances dans l'accès à la direction du développement industriel et économique du Québec;
- iii) L'obligation où se sont trouvés les Canadiens français travaillant dans l'industrie de posséder une connaissance plus ou moins poussée de l'anglais, soit pour les communications externes avec les sièges sociaux, avec les concurrents, les clients et les fournisseurs, soit pour les instructions ou les directives techniques; et cela, même dans les situations où l'on prétend que le français est la langue des communications internes;
- iv) La tendance marquée des immigrants à choisir, pour eux-mêmes ou pour leurs enfants, l'anglais comme langue d'usage au Québec;
- v) La très faible utilité du français pour les Anglo-Québécois au cours de l'histoire, et, de là, une très faible motivation chez eux à apprendre cette langue;
- vi) L'impuissance relative des établissements d'enseignement supérieur du Québec – universités ou écoles professionnelles – à former, chez les Canadiens français, suffisamment de technologues et d'administrateurs de grande compétence, qui puissent accéder à des postes de commande et de décision dans le commerce et l'industrie et y assurer la relève; cette observation s'applique aux établissements d'enseignement supérieur francophones comme anglophones, qui sont tous soutenus financièrement par le gouvernement du Québec pour une part importante de leurs immobilisations et de leur budget annuel de fonctionnement.

3. Les principaux intérêts sociaux que la Commission a entendu exprimer et dont elle doit tenir compte dans ses recommandations

Manifestement, les témoignages oraux que la Commission a entendus et les nombreux mémoires qu'elle a reçus démontrent que son mandat a fait l'objet d'interprétations fort différentes: les intérêts sociaux que les particuliers et les groupes de pression ont fait valoir devant elle embrassent en effet toute la gamme des revendications qui s'affrontent dans la société québécoise d'aujourd'hui. Pour certaines personnes et pour certains groupes, la langue, soit le français en l'occurrence, symbolise l'aspiration des Canadiens français — conforme au mouvement contemporain d'autodétermination politique à base nationale ou ethno-culturelle — à une plus grande reconnaissance du «fait» français, dans la vie publique canadienne, cela dût-il comporter une action qui s'exercerait en dehors du cadre constitutionnel canadien tel que nous le connaissons, ou encore, à l'intérieur de ce cadre et conformément aux principes fondamentaux du régime fédéral, mais avec l'objectif de le restructurer en profondeur (statut d'Etat associé, statut «particulier»); il pourrait s'agir aussi d'une formule constitutionnelle non encore définie, qui refléterait plus fidèlement la prépondérance numérique des Canadiens français au Québec et le supplément de pouvoir politique qui devrait normalement en découler. D'un point de vue constitutionnel, ces personnes et ces groupes attendaient de la Commission des changements aux institutions d'État, voire une transformation allant dans le sens de l'autodétermination politique.

Cependant, on doit noter que si le principe de l'autodétermination nationale compte parmi les grandes règles du droit international contemporain, — règles qui sont nées du libéralisme du XIX^e siècle et qui ont trouvé une application particulière dans les mouvements de décolonisation et d'indépendance d'après-guerre — ni la théorie ni la pratique du droit international n'établissent que ce principe doive être mis en œuvre par la rupture d'un État multinational plutôt que par le pluralisme politique, le fédéralisme et la décentralisation dans cet État. (Voir le plus récent énoncé de ce principe par l'Assemblée générale des Nations Unies, dans la résolution no 2625 en date du 24 octobre 1970; le rapport de la Commission d'enquête du Sénat et de la Chambre des Com-

munes sur la constitution du Canada, dit rapport Molgat-MacGuigan, 1972, et le rapport dissident des députés Pierre de Bané et Martial Asselin; voir aussi la déclaration de la Ligue des droits de l'homme (Québec), parue dans *Le Devoir*, le 14 octobre 1972, sous le titre: *La négation du droit à l'autodétermination dans la campagne électorale*).

Pour des particuliers et des groupes d'intérêt probablement plus nombreux encore, la langue française serait en quelque sorte un signe distinctif dont on se serait servi jusqu'ici pour interdire aux Canadiens français l'accès aux postes supérieurs dans la hiérarchie administrative des entreprises québécoises. D'après ce point de vue, les Canadiens français n'auraient pu s'assurer dans les milieux où se prennent les décisions économiques une représentation qui corresponde raisonnablement à leur proportion dans l'ensemble de la population de la province. Le Québec serait une société fermée en ce qui concerne les postes de commande de l'industrie et du commerce: les anglophones, soit essentiellement la minorité anglo-saxonne (et en particulier l'élément «wasp») constituent le groupe en place, tandis que la majorité canadienne-française est tenue à l'écart. Ceux qui se préoccupent de ce problème ont réclamé à la Commission des mesures législatives qui faciliteraient, et au besoin imposeraient sous peine de sanctions, un régime de mobilité verticale en faveur des Canadiens français, de façon que ceux-ci puissent occuper dans l'industrie et le commerce québécois une proportion des postes de commande en rapport avec leur importance numérique dans la population.

Pour d'autres encore, — et ceux-ci formaient peut-être la majorité des personnes et des groupes d'intérêt ayant exposé leurs points de vue à la Commission, — il s'agissait littéralement de l'utilisation du français comme moyen de communication. Ils se préoccupaient des obstacles évidents (lois, coutumes ou situations d'ordre psychologique) s'opposant à son utilisation dans l'industrie, le commerce, l'enseignement, voire la vie publique, même dans les milieux où les Canadiens français sont nettement majoritaires. Ces témoins ont formulé toute une gamme de propositions. Certaines comportent des mesures scolaires ayant pour objet de faire acquérir aux non-Canadiens français une connaissance pratique du français qui leur servirait dans l'industrie et le commerce; le plus souvent, elles ont trait à des mesures législatives, facultatives ou au besoin coercitives, propres à persuader

les employeurs d'accepter le français comme langue de travail dans leurs entreprises, pour les communications internes ou externes. Dans certains cas aussi ces témoins ont demandé la proclamation officielle ou l'adoption du français comme langue de travail au Québec. Pour un autre groupe encore, peu nombreux, mais dont les vœux étaient réfléchis et d'une haute valeur intellectuelle, la Commission devait s'inquiéter entre autres de la baisse de qualité du français oral ou écrit au Québec. Ceux-là souhaitaient en général que le pouvoir public intervienne dans l'enseignement pour relever les normes du français en usage au Québec en recourant à l'action gouvernementale, sous forme, par exemple, d'encouragements aux universités et aux écoles.

Outre les points de vue mentionnés plus haut, qui sont le plus souvent parallèles ou complémentaires, mais sûrement pas en opposition directe les uns avec les autres, la Commission a entendu et reçu des exposés se rattachant à la deuxième partie de son mandat, soit celle qui porte sur les droits linguistiques. Ils émanaient de personnes ou de groupes anglophones, c'est-à-dire, ou bien des Anglo-Saxons (éléments protestants dits «wasp», éléments catholiques ou autres), ou encore des nombreuses collectivités ethno-culturelles n'ayant ni le français ni l'anglais pour langue maternelle, mais qui ont opté pour l'anglais comme principale langue d'usage au Québec. Les revendications des Anglo-Saxons et des autres anglophones s'opposaient souvent à celles des Canadiens français ou des groupes francophones mentionnés ci-dessus. Il y a lieu de signaler ici que les revendications des Anglo-Saxons et celles des autres anglophones ne sont pas toujours identiques, et qu'elles sont même souvent contradictoires. D'ailleurs, la collectivité anglo-saxonne n'est pas homogène; on y observe des différences marquées d'intérêts et d'attitudes intellectuelles, voire des écarts considérables de conditions sociales et économiques entre l'élément «wasp» privilégié et les autres.

Évidemment, une mobilité verticale et un accès aux postes supérieurs de l'industrie et du commerce qui tiendraient compte de l'importance numérique des francophones dans la population québécoise comporteraient une baisse proportionnelle correspondante de l'effectif des Anglo-Saxons à ces postes; ceux-ci seraient donc privés des avantages et des privilèges dont ils jouissent actuellement. D'autre part, les revendications des francophones ne porteraient guère atteinte à la situation des anglophones non

anglo-saxons, qui sont également défavorisés sous ce rapport; on concevrait même qu'ils fassent parfois cause commune avec les francophones pour défier sur le plan juridique et constitutionnel les Anglo-Saxons privilégiés.

Par contre, en matière d'enseignement, tous les anglophones qui se sont présentés devant la Commission, qu'ils fussent anglo-saxons ou d'une autre appartenance ethno-culturelle, ont semblé faire cause commune, notamment contre la francisation du système scolaire; peut-être s'opposent-ils également à ce que soit accrue la place des matières enseignées en français dans les écoles protestantes s'il devait en résulter une baisse de la qualité et des normes de l'enseignement en langue anglaise.

À cet égard, diverses revendications ont été présentées à la Commission par des groupes anglophones (indépendamment des origines); ils demandaient des garanties constitutionnelles contre toute mesure tendant à faire du français la langue d'enseignement générale dans les écoles ou la langue de travail obligatoire dans l'industrie et le commerce; ils s'opposaient aussi à toute répartition des postes de commande de l'industrie et du commerce qui comporterait une part déterminée pour les Canadiens français. Certains groupes proposaient un mécanisme de protection pour ce qu'ils revendiquaient; les vœux de ces témoins, toutefois, débordent largement l'objet de la présente section du rapport; aussi nous contenterons-nous de noter, pour le moment, que ces témoins préconisent, d'une manière générale, des garanties écrites, d'ordre constitutionnel. Nous reviendrons sur ce point particulier.

4. Les données constitutionnelles. — Domaine où le Québec peut légiférer en matière de langue

Sous ce rapport, le Québec doit tenir compte, en premier lieu, du régime constitutionnel fédéral dans la mesure où celui-ci détermine et limite la compétence législative de la province; en second lieu, de son propre régime constitutionnel, au sens strict, dans la mesure du moins où celui-ci ne présente pas d'incompatibilité avec le système fédéral.

a) Le droit international. — Rôle et champ d'application

Le droit international, d'après la doctrine constitutionnelle canadienne, ne s'applique en droit canadien ou en droit québécois qu'une fois sanctionné en bonne et due forme par une autorité constitutionnelle compétente (le gouvernement fédéral ou le gouvernement québécois, ou l'un et l'autre conjointement en certains cas). En particulier, les conventions ou les traités internationaux auxquels l'État fédéral adhère au nom du Canada, s'ils portent sur des questions qui autrement relèveraient du Québec en vertu de la constitution canadienne, n'ont d'effet au Québec que si les autorités constitutionnelles de cette province les ont adoptés par des mesures positives les assimilant à la législation québécoise. Si les règles du droit international coutumier, par opposition aux traités, font partie du droit du Québec d'après les théories juridiques de la *Common Law*, elles n'en font partie qu'en vertu de la *Common Law*; elles sont donc susceptibles d'être abrogées ou limitées par toute législation canadienne ou québécoise opposée, que celle-ci soit antérieure ou ultérieure, et il n'est pas nécessaire pour cela que cette législation se réfère expressément à ces principes de droit international. Les propositions qui précèdent résultent des théories dites dualistes du rapport entre le droit international et la législation interne, qui ont cours partout dans les pays de *Common Law*; elles procèdent en outre de la constitution canadienne, et en particulier de la façon dont y sont établies et définies les relations entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux, selon l'interprétation autorisée des plus hautes cours ayant juridiction constitutionnelle sur la législation canadienne et québécoise. (Voir la cause *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, 1937, A.C. 326, P.C., et plus spécialement l'opinion de lord Atkin du Conseil privé).

b) La constitution fédérale du Canada

La constitution fédérale consiste essentiellement dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique (A.A.N.B.)* promulgué en 1867 par le Parlement britannique, alors source ultime de l'autorité impériale (et canadienne sur le plan constitutionnel); cette loi établit les principales institutions du gouvernement fédéral et tend à définir les compétences législatives de ce gouvernement et des gouvernements provinciaux (dont celui de Québec). Le pou-

voir législatif du Québec est délimité positivement dans l'*A.A.N.B.* par l'article 92 qui énumère les domaines de compétence provinciale; il est en outre restreint par l'article 91, où figurent les domaines de compétence attribués au «parlement du Canada». Que le pouvoir provincial de légiférer soit implicitement invalidé par l'existence ou l'exercice de pouvoirs fédéraux, voilà qui n'échappe pas à tout doute, non plus que l'inverse. Presque toujours, pendant plus de 75 ans à compter de 1867, la compétence du plus haut tribunal d'appel pour les affaires relevant du droit canadien a été exercée par le Conseil privé qui siégeait à Londres et dont le ressort s'étendait à l'Empire et au Commonwealth; or ce tribunal, tenant à favoriser et à développer les droits des provinces, a eu tendance, sous la direction intellectuelle de lord Watson et de lord Haldane, à interpréter les questions relatives à cette délimitation des pouvoirs en faveur des provinces et contre le gouvernement central. D'autre part, plusieurs des dernières décisions rendues par le Conseil privé immédiatement avant l'abolition, en 1949, du recours à ce tribunal, ont plutôt marqué une orientation centralisatrice ou «unitaire», c'est-à-dire favorable à l'extension de la compétence de l'État central au détriment des provinces; on a pu observer que cette orientation nouvelle était le fait de la majorité des membres de la Cour suprême du Canada, qui a pris la relève du Conseil privé en 1949 comme tribunal de dernier recours pour les causes canadiennes. Il y aurait là une source possible de difficultés, car pour le Québec tout programme de législation en matière de langue soulèverait la question de son pouvoir de légiférer, et notamment, des restrictions implicites que pourraient comporter, le cas échéant, la simple existence d'une compétence fédérale — et à plus forte raison, toute tentative d'exercer celle-ci — en particulier s'il y avait chevauchement ou même opposition entre cette compétence et la législation québécoise.

Le système constitutionnel fédéral, contrairement à beaucoup d'autres plus récents (postérieurs à 1867), ne comprend pas de déclaration des droits de l'homme qui restreigne la compétence législative du gouvernement central ou des provinces. Ainsi, à l'opposé de ce qu'on observe aux États-Unis par exemple, il n'est pas possible de révoquer une loi fédérale ou provinciale comme inconstitutionnelle pour raison d'incompatibilité avec une telle déclaration. Certains juges de la Cour suprême, dont M. Cannon, sir Lyman Duff (qui sera nommé juge en chef) et, plus récemment,

le célèbre juge Rand, ont tenté d'interpréter les passages généraux de l'*A.A.N.B.* et, en particulier, celui du préambule évoquant «une constitution semblable en principe à celle du Royaume-Uni», de telle sorte que ce texte, en tant que loi limitant le pouvoir provincial de légiférer aux termes de l'article 92 (qui énumère les compétences des provinces), embrasserait les libertés politiques «anglaises» qui ont été proclamées de diverses façons au cours de l'histoire constitutionnelle de l'Angleterre, notamment à partir du XVIII^e siècle. Parmi elles, on compte les libertés de parole, de la presse et de religion, mais non celle de la langue. Il s'agit, en droit constitutionnel anglais — point de vue d'ailleurs confirmé par les définitions juridiques — de *privileges* et non de *droits*, car ces libertés peuvent être abolies, réduites ou suspendues par le corps législatif. Pour ce qui est de ces libertés politiques «anglaises», qui figurent officiellement dans le droit constitutionnel canadien, il convient de noter que le poids de l'autorité juridique joue contre elles. Le préambule d'une loi, même constitutionnelle, ne peut déterminer, d'après la plupart des avis, les articles de fond ou opérants; les vues des juges éminents qui ont cherché de cette façon à dégager de la constitution fédérale du Canada une déclaration des droits de l'homme sont tout à fait personnelles, notamment chez le juge Rand, qui a développé, dans plusieurs causes, le concept de «droits du citoyen canadien». Ces vues, en effet, ne sont pas le fait de décisions majoritaires de la Cour.

Ces opinions judiciaires ne font pas autorité en droit. Elles constituent des avis incidents (*obiter dicta*), mais non des éléments des décisions (*ratio decidendi*). Elles ne se rattachent donc pas aux principes énoncés par les cours dans ces affaires.

c) La *Déclaration canadienne des droits* (1960)

Le Parlement fédéral, sous l'impulsion du gouvernement Diefenbaker, a adopté en 1960 une déclaration des droits de l'homme dite *Déclaration canadienne des droits*. Toutefois, elle ne fait pas partie de la constitution, n'ayant pas été incorporée à l'*A.A.N.B.* par un amendement à caractère constitutionnel. En tant que déclaration d'ordre législatif, elle est susceptible de modification ou de révocation par le Parlement fédéral comme tout autre élément de la législation ordinaire. Nous ne voudrions pas porter atteinte au prestige de cette loi, ni au rayonnement qu'elle a pu apporter avec le temps au système judiciaire

fédéral. Toutefois, il y a lieu de faire observer que la déclaration des droits parrainée par le gouvernement Diefenbaker, et pour laquelle le pouvoir fédéral de légiférer s'est exercé indépendamment des provinces, n'a aucune validité à l'égard de ces dernières, dont le Québec.

d) Pouvoir législatif de l'Assemblée nationale du Québec

Du point de vue juridique l'Assemblée nationale du Québec a un pouvoir de légiférer illimité, si l'on excepte les questions de compétence constitutionnelle touchant la répartition des pouvoirs par l'*A.A.N.B.* entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux, ainsi que quelques articles précis de cette loi dont il sera question un peu plus loin. L'Assemblée nationale du Québec possède donc, sous réserve de ces exceptions, des pouvoirs de légiférer aussi généraux et complets que le Parlement de Grande-Bretagne. La doctrine constitutionnelle anglaise de la souveraineté du parlement s'applique donc à l'assemblée du Québec et reflète fidèlement son pouvoir de légiférer.

e) Absence de doctrine constitutionnelle fédérale ou québécoise touchant les «droits acquis», les «droits collectifs» ou les «droits des groupes»

Aujourd'hui, comme cela a toujours été le cas depuis 1867, le droit constitutionnel du Québec (non plus que celui de la Confédération canadienne d'ailleurs) ne peut être interprété comme astreint à une doctrine des «droits acquis», des «droits collectifs» ou des «droits des groupes» qui restreindrait son pouvoir général de légiférer. Ces notions ont été avancées par divers témoins aux audiences de la Commission ou dans des mémoires qui lui ont été présentés, mais sans définition ni indication de sources constitutionnelles pour les étayer; il n'y avait pas non plus unanimité quant à leur signification exacte. Il n'est jamais fait état de ces notions dans l'histoire constitutionnelle de l'Angleterre, ni dans le droit constitutionnel anglais tel qu'il s'est élaboré en Grande-Bretagne ou qu'il a été implanté au Canada par la colonisation ou par la conquête. Dans la mesure où elles existeraient sous

une forme constitutionnelle, ces notions auraient leur source — ainsi que l'ont établi les conseillers de la Commission en droit constitutionnel, le professeur Carl Friedrich et le juge Gerhard Leibholz — dans l'histoire constitutionnelle de l'Europe continentale, plus spécialement germanique, et remonteraient à une époque prédémocratique; elles auraient alors été invoquées, au nom de l'idéal du «Rechtsstaat», pour inciter les monarques absolus à user de leur pouvoir avec modération. Aujourd'hui, avec l'implantation de gouvernements démocratiques et la consécration constitutionnelle du principe du gouvernement par la majorité, énoncé par Rousseau, ces notions tendent à disparaître, même des doctrines d'Europe continentale. Quoi qu'il en soit, pour ce qui est du droit constitutionnel canadien et québécois, les «droits acquis» et les notions connexes sont du domaine de la spéculation politique. Ils ne reposent sur aucun fondement juridique.

f) Articles 133 et 93 de l'A.A.N.B.

Pour ce qui est des limitations précises apportées au pouvoir législatif des provinces par l'A.A.N.B. et mentionnées plus haut, elles se ramènent essentiellement aux articles 133 et 93.

L'article 133 se lit ainsi:

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

Les actes du Parlement du Canada et de la Législature de Québec devront être imprimés et publiés dans ces deux langues.

L'article 93 se lit ainsi:

Dans chaque Province, la Législature pourra exclusivement décréter les loi relatives à l'éducation, sujettes et conformes aux dispositions suivantes:

1) Rien dans ces lois ne devra préjudicier à aucun droit ou privilège conféré, lors de l'Union, par la loi à aucune classe particulière de personnes dans la province, relativement aux écoles séparées (denominational).

2) Tous les pouvoirs, privilèges et devoirs conférés et imposés par la loi dans le Haut-Canada, lors de l'Union, aux écoles séparées et aux syndics d'écoles des sujets catholiques romains de Sa Majesté, seront et sont par le présent 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 existera par la loi, lors de l'Union, ou sera subseqüemment établi par la Législature de la province, — il pourra être interjeté appel au gouverneur général en conseil de tout acte ou décision d'aucune autorité provinciale affectant aucun des droits ou privilèges de la minorité protestante ou catholique romaine des sujets de Sa Majesté relativement à l'éducation;

4) Dans le cas où il ne serait pas décrété telle loi provinciale, que, de temps à autre le gouverneur général en conseil jugera nécessaire pour donner suite et exécution aux dispositions de la présente section, — ou dans le cas où quelque décision du gouverneur général en conseil, sur appel interjeté en vertu de cette section, ne serait pas mise à exécution par l'autorité provinciale compétente, — alors et en tout tel cas, et en tant seulement que les circonstances de chaque cas l'exigeront, le Parlement du Canada pourra décréter des lois propres à y remédier pour donner suite et exécution aux dispositions de la présente section, ainsi qu'à toute décision rendue par le gouverneur général en conseil sous l'autorité de cette même section.

Ces deux dispositions de l'A.A.N.B. seront étudiées plus à fond en même temps que la compétence du gouvernement québécois pour adopter ou appliquer, dans certains domaines, des politiques

concernant la langue ou les droits linguistiques. Nous nous bornerons pour le moment à noter que, comme il convient à une loi émanant du Parlement de Grande-Bretagne, ces deux articles de l'*A.A.N.B.* ont toutes les qualités traditionnelles du style législatif anglais, soit une certaine clarté liée à une prudente économie d'expression, et finalement une certaine précision quant à ce qui est inclus et nécessairement exclus. L'article 133 comporte des dispositions assez précises sur l'emploi du français et de l'anglais — dans les chambres du parlement canadien et du corps législatif québécois, dans les comptes rendus des débats, devant les tribunaux fédéraux et québécois et dans la publication des lois fédérales et québécoises. Mais il ne comprend pas d'autres dispositions d'ordre linguistique, non plus que le reste de l'*A.A.N.B.* d'ailleurs. Si l'on se fonde sur les principes de l'interprétation anglaise des lois, les dispositions de l'article 133 sont exclusives et exhaustives; et aucune autre protection des intérêts linguistiques ne saurait être inférée de l'*A.A.N.B.*

Dans l'article 93, consacré à l'enseignement, il est question non de langue, mais de religion, d'écoles confessionnelles et de sujets catholiques ou protestants. Ici encore, selon les principes de l'interprétation juridique anglaise, les stipulations sont exclusives et exhaustives. On ne saurait donc prêter de signification ou de portée linguistique à l'article 93.

5. Modalités constitutionnelles — Éventail des options linguistiques qui s'offrent au Québec et aspects constitutionnels de chacune

a) Options linguistiques. — Définitions provisoires

Parmi les termes nombreux et variés que la Commission a eu l'occasion d'entendre lors de ses audiences, — «langue prédominante», «langue prioritaire» et «langue traditionnelle», pour n'en mentionner que quelques-uns — deux seulement peuvent être considérés comme appartenant à la terminologie du droit constitutionnel, soit ceux de «langue officielle» et de «langue nationale». Leurs acceptions juridiques peuvent être circonscrites, avec plus ou moins de précision, de la façon qui suit.

Le terme *langue officielle* désigne tout simplement la langue que l'État a estimé à propos d'appuyer de sa puissance pour l'usage public, soit par une loi constitutionnelle, soit le plus souvent, par une loi ordinaire. Il peut y avoir plus d'une langue officielle. Le domaine d'application de la ou des langues officielles est parfois stipulé, ou encore simplement limité par inférence. Si l'*A.A.N.B.* ne renferme nulle part la mention de *langue officielle*, l'article 133 peut être considéré aux fins de notre étude comme traitant d'une réalité équivalente. En effet, il autorise l'emploi de l'anglais ou du français dans les débats du parlement fédéral et du corps législatif québécois, devant les tribunaux fédéraux et québécois et oblige les chambres fédérales et québécoise à imprimer et publier les lois en anglais et en français.

Lorsque ne sont pas expressément délimités les domaines d'application d'une langue officielle, on en infère qu'ils correspondent à tout le champ d'action où s'exerce l'autorité publique. Nous avons en vue ici non seulement les séances des corps législatifs et les audiences des tribunaux, mais aussi toutes les autres activités qui dépendent, du point de vue juridique, de l'autorité de l'État, ou encore qui sont financées par l'État et qui, de la sorte, selon le droit constitutionnel américain et selon l'expression naguère employée par la Cour suprême des États-Unis, sont «*affected with the public interest*». Les municipalités, dont la constitution relève de l'État — soit des provinces en régime fédéral canadien — seraient nécessairement liées par toute stipulation touchant la langue officielle qu'adopteraient les autorités provinciales, sauf si elles en étaient formellement exemptées. Les arbitrages des conflits du travail, s'ils relèvent de l'État provincial quant à leur exécution en justice, seraient nécessairement visés par les réglementations touchant la langue officielle, sauf dispense spéciale. Ce serait aussi le cas des écoles et des universités, même si elles peuvent se considérer comme «*privées*» en vertu de leur statut, dès lors qu'elles auraient accepté des subventions du trésor public. L'obligation qui découle, pour les établissements patronnés ou aidés par l'État, de se conformer à toute disposition juridique touchant la ou les langues officielles, semblerait se rattacher à la notion d'intérêt public. Cet énoncé n'est pas sans appui judiciaire puisque la Cour suprême des États-Unis, dans des situations analogues, a statué que l'acceptation de fonds publics suffit pour soumettre un éta-

blissement «privé» aux dispositions de la Constitution des États-Unis.

D'autre part, d'un point de vue juridique, la *langue nationale* peut être considérée comme appartenant à une catégorie un peu moins élevée que la langue officielle. Désigner une langue ou des langues comme nationales par une loi constitutionnelle ou ordinaire, c'est simplement attacher à ces langues certains privilèges juridiques au profit de l'usager. Elles se trouvent à recevoir de l'État une sorte de sanction, qui est purement facultative, mais sans pour autant recevoir l'appui de ses ressources et de ses deniers. Par exemple, qualifier des langues de *nationales* pour une ou des régions pourrait signifier qu'un privilège constitutionnel s'attache à leur utilisation comme véhicule principal ou exclusif de l'enseignement dans ces régions, sans que soit enfreinte la règle constitutionnelle d'un enseignement dispensé uniquement dans le ou les langues officielles. L'État, cependant, ne serait pas tenu, voire n'aurait pas le pouvoir, sauf dispositions formelles à cet effet, de soutenir ces langues nationales, soit directement par des subventions, soit indirectement par le recours à son appareil administratif.

Les termes «langue prédominante», «langue prioritaire» ou autres euphémismes employés à l'occasion des audiences de la Commission sont étrangers à la terminologie juridique. Ils n'ont donc pas de signification précise en droit.

Ils peuvent tout au plus évoquer la situation où, par une législation constitutionnelle ou ordinaire, l'État aurait opté pour une politique de dualité ou de pluralité au chapitre des langues officielles ou nationales, puis déciderait de rompre avec la présomption normale d'égalité qui en découle pour les langues en présence, et instaurerait pour l'utilisation de ces langues un régime de distinctions horizontales (à base géographique) ou verticales (à base scolaire, commerciale et industrielle). Pareilles distinctions dans l'emploi des langues, surtout si elles répondaient à des critères rationnels, ne seraient pas nécessairement discriminatoires sur le plan de la loi et susceptibles par conséquent d'être attaquées comme inconstitutionnelles. Les termes «prioritaires», «prédominants», et autres de la même veine ne sont que des qualificatifs populaires et profanes applicables à ces distinctions.

Quant au terme «langue de travail», il a été employé beaucoup plus fréquemment que les autres lors des audiences de la Commission; on peut dire qu'il a acquis droit de cité au Québec, même s'il n'a pas pour tout le monde la même signification, ainsi qu'il ressort des dépositions. De toute façon, il n'appartient pas à la terminologie juridique. Aussi est-il pour le moment dépourvu de signification précise en droit. Juridiquement, la «langue de travail» ne se conçoit donc que comme un résultat de l'application, dans des secteurs donnés de la vie sociale et économique, de politiques constitutionnelles ou législatives touchant les langues officielles ou nationales. Ainsi, l'article 133 de l'*A.A.N.B.* aurait pour effet de faire du français et de l'anglais les «langues de travail» du Parlement fédéral et de l'Assemblée nationale du Québec, ainsi que des tribunaux fédéraux et québécois. Il ne s'ensuit pas nécessairement que tous les cadres et tous les employés de ces institutions doivent être bilingues, mais le personnel doit comprendre des membres qui sachent l'anglais et des membres qui sachent le français. Toutefois, l'article ne comporte pas de dispositions sur l'emploi des langues dans les ministères et les organismes fédéraux et provinciaux, mis à part les corps législatifs et les tribunaux. L'adoption d'une ou de plus d'une langue officielle pour la province aurait pour résultat, semble-t-il, que cette langue ou ces langues auraient cours dans tous les ministères ou organismes, s'il nous est permis de déborder le champ d'application assez étroit de l'article 133, qui, somme toute, peut être considéré comme prévoyant des langues officielles, en fait sinon nommément. Mais on ne pourrait employer d'autres langues dans ces ministères et organismes, sauf probablement dans les cas exceptionnels, notamment devant les tribunaux où, sans cela, les règles du droit naturel seraient enfreintes. On peut croire que les municipalités et les autres institutions tenant leur statut juridique de la province seraient touchées également, en ce qui concerne la langue de travail, par l'adoption d'une ou de plus d'une langue officielle par la province; ce serait aussi le cas des établissements «privés», telles les écoles et les universités, qui auraient accepté des subventions provinciales. En dehors de ces exemples et d'exemples connexes de répercussions des langues officielles sur l'emploi des langues au travail dans la province, on ne saurait affirmer catégoriquement ce que «langue de travail» veut dire en droit. Il est manifeste qu'aucune disposition constitutionnelle explicite n'accorde à

la province actuellement le pouvoir d'établir ou d'imposer une «langue de travail» dans son territoire. Pour ce qui est de la ou des langues officielles, la province pourrait sûrement instituer toute politique de son choix en la matière, pourvu que l'article 133 de l'*A.A.N.B.* soit modifié en conséquence. Mais on peut soutenir que même sans un amendement dans les règles, à l'article 133, la province pourrait établir la politique des langues officielles qu'elle souhaiterait, en dehors des limites assez étroites de coexistence du français et de l'anglais fixées par cet article. Et, bien entendu, sur le plan purement administratif, le gouvernement pourrait sans amendement à la constitution, ni innovation législative, assujettir ses subventions aux établissements «privés» à l'obligation de se conformer à la politique des langues officielles qu'il aurait adoptée.

Il en est ainsi pour la «langue d'enseignement», mais sur ce point il convient de noter que, contrairement à l'impression générale qui s'est exprimée devant la Commission, l'*A.A.N.B.* est muet sur l'emploi du français ou de l'anglais dans l'enseignement. L'article 93, soit celui qui est lié le plus souvent à cette fausse conception dans l'esprit du public, est formulé en termes strictement confessionnels, en fonction des catholiques et des protestants. Il n'existe aucun pouvoir constitutionnel général et explicite qui permette à la province de légiférer en matière de «langue(s) d'enseignement». Elle peut toutefois, par des moyens législatifs ou administratifs (dont il a été précédemment question relativement à la «langue de travail») appliquer une politique de langues officielles à ses établissements d'enseignement et à ceux qu'elle soutient, y compris les établissements «privés» qu'elle subventionne, pourvu qu'elle respecte les garanties confessionnelles octroyées par l'article 93.

C'est relativement à la «langue d'enseignement» surtout, et à la «langue de travail» en second lieu que les mémoires présentés à la Commission traitaient des notions de «droits acquis», «droits historiques», «droits coutumiers», et «droits des groupes». Les personnes qui faisaient valoir ces concepts, avaient du mal à s'accorder sur leur signification dans les cas concrets, si on les poussait à s'expliquer, et davantage encore à leur trouver une base constitutionnelle ou juridique. Il n'y a guère lieu d'ajouter quoi que ce soit ici au rapport spécial de M. Carl Friedrich à la Commission. Ces concepts, dans la faible mesure où ils ont

cours dans la terminologie historique du droit, appartiennent à une période prédémocratique de l'évolution constitutionnelle de l'Occident, soit à l'époque monarchique et autoritaire du *Rechtsstaat*; ils servaient de limitations morales aux pouvoirs absolus et arbitraires du souverain. Dans la théorie constitutionnelle d'aujourd'hui, en Occident, ils n'ont plus aucune valeur juridique. Ils peuvent tout au plus avoir quelque effet, à l'échelon des décisions politiques, dans les revendications de groupes d'intérêt politiques ou sociaux.

Quant à la question des langues nationales, notamment en ce qui concerne la «langue d'enseignement» et la «langue de travail», il n'y a pas d'incertitude. Rien ne peut empêcher la province de tendre, par des moyens législatifs ou administratifs, à proclamer telles langues nationales aux fins de l'enseignement et de l'industrie. Ces mesures, rappelons-le, auraient en droit un caractère facultatif. En d'autres termes, l'obligation consécutive à la création d'une ou de plus d'une langue officielle dans les activités relevant de la province ou bénéficiant de son aide serait assortie d'une dispense publique. Rien en dehors de ce cas n'interdirait à la province, juridiquement, de désigner d'autres langues (que le français et l'anglais) comme nationales.

Enfin, il importe de signaler que la sanction de langues nationales par la province ne serait valide et opérante que pour les activités relevant de l'État provincial, financées par lui ou bénéficiant de son soutien. La province ne possède pas de pouvoir constitutionnel général pour agir dans le secteur entièrement privé, mais celui-ci est plutôt limité aujourd'hui; il se réduirait aux activités qui ne bénéficient, directement ou indirectement, d'aucune aide des pouvoirs publics.

À la lumière de ce qui précède, l'éventail des options s'offrant à la province en matière de droits linguistiques se résumerait ainsi:

OPTION 1. *Le français, seule langue officielle*, mais avec un champ d'application se limitant à ce qui est prévu dans l'article 133 de l'*A.A.N.B.*, soit le corps législatif provincial et les tribunaux provinciaux.

OPTION 2. *Le français, seule langue officielle*, mais avec un champ d'application illimité, c'est-à-dire embrassant toutes

les activités du gouvernement provincial (y compris celles des collectivités subordonnées, municipales et autres), ainsi que les activités bénéficiant du soutien provincial (établissements d'enseignement et autres financés par la province).

OPTION 3. *Le français, seule langue officielle*, comme pour l'option 1 ou l'option 2 ci-dessus, mais le *français* et l'*anglais* étant décrétés *langues nationales* de la province.

OPTION 4. *Le français et l'anglais, langues officielles*, mais avec un champ d'application se limitant à ce que prévoit l'article 133 de l'*A.A.N.B.*, soit le corps législatif provincial et les tribunaux provinciaux.

OPTION 5. *Le français et l'anglais, langues officielles*, avec champ d'application illimité (voir l'option 2).

OPTION 6. Il n'y aurait pas de *langue officielle*, mais le *français* serait désigné *langue nationale unique*.

OPTION 7. Il n'y aurait pas de *langue officielle*, mais le *français* et l'*anglais* seraient désignés *langues nationales*.

OPTION 8. Il n'y aurait ni *langues officielles* ni *langues nationales*, c'est-à-dire une position politique de non-intervention.

Toutes ces options, sauf la quatrième, et peut-être la cinquième, exigeraient, pour devenir constitutionnellement applicables, un amendement à l'article 133 de l'*A.A.N.B.*

Une politique de «langue de travail» ou de «langue d'enseignement», pour les raisons indiquées plus haut, ne pourrait juridiquement être mise en œuvre sans l'expérimentation préalable d'une politique des langues officielles débordant l'article 133 de l'*A.A.N.B.*, qu'il s'agisse des options 2, 3 ou 5.

À titre uniquement facultatif, on pourrait favoriser en outre la mise en œuvre d'une politique de «langue de travail» ou de «langue d'enseignement», par l'option 6 et l'option 7. Non seulement l'option 8, mais l'option 7 et peut-être l'option 6, tendraient manifestement, en l'absence d'une intervention de la part de l'autorité provinciale, à accentuer en matière de langue l'évolution sociologique qui est déjà perceptible dans la pro-

vince et qui comptait parmi les faits qui ont déterminé la création de notre Commission.

Après les essais de définition qui précèdent, il y a lieu de noter que, même si les expressions telles que «langue de travail» et «langue d'enseignement» n'ont pas de signification précise en droit, rien n'empêche le Québec d'établir des définitions juridiques en matière de langue, et d'innover ainsi dans le domaine constitutionnel. Ces définitions pourraient être énoncées *a priori* dans une charte linguistique officielle; elles pourraient aussi découler expérimentalement de la mise en œuvre d'une politique linguistique dans les milieux de l'industrie, du commerce et de l'enseignement, ou d'autres domaines que choisirait la collectivité.

b) Modalités constitutionnelles. — Les options en matière de «langue(s) officielle(s)». — Avis de juristes sur les pouvoirs juridiques et constitutionnels

Dans la section qui précède, nous avons tenté d'établir, à titre purement hypothétique, l'éventail des options s'offrant à la collectivité québécoise quant à la langue ou aux langues officielles. En en rejetant quelques-unes comme uniquement théoriques et inapplicables, ou parce qu'elles ne correspondent pas le moins du monde à la réalité politique du Québec actuel, nous avons cru pouvoir réduire à quatre les choix auxquels il conviendrait de consacrer une étude détaillée, du point de vue des modalités constitutionnelles d'application:

- i) Le français et l'anglais, langues officielles du Québec;
- ii) Le français et l'anglais, langues officielles du Québec, avec priorité ou préférence constitutionnelle pour le français par rapport à l'anglais;
- iii) Le français, seule langue officielle du Québec;
- iv) Le français, seule langue officielle du Québec, avec pour l'anglais un statut spécial mais inférieur à celui de la langue officielle.

En déclarant que ces options politiques exigeaient un examen ou des recherches en profondeur de la part de la Commission et de son personnel, les Commissaires, il va de soi, ne devaient

pas être considérés comme nécessairement favorables, à ce stade-là de leur mission, à l'une ou à quelques-unes d'entre elles pour le Québec. Il s'agissait alors de circonscrire les options offrant un minimum de valeur pratique, et les modalités constitutionnelles de leur mise en œuvre dans la communauté si elles étaient retenues.

La Commission a décidé, répétons-le, d'examiner la question de la constitutionnalité de chacune de ces options. Elle comprenait que ces options débouchaient sur une politique constitutionnelle de toute première importance et de nature à soulever les passions; de plus, sensible aux enseignements des écoles modernes de science sociologique du droit voulant que les réponses à ces questions de politique constitutionnelle, même de la part des juges de la Cour suprême appelés à se prononcer, puissent être influencés par les attitudes et le passé ethno-culturels de chacun, la Commission a résolu de faire appel aux plus hautes autorités en droit constitutionnel au Québec, tout en veillant à ce qu'elles soient aussi représentatives que possible. Elle a soumis à ces juristes les questions ci-après:

Opinions sur la notion de langue officielle, d'après le système constitutionnel canadien, et sur la capacité du Québec de légiférer en matière de langue officielle

I — Les définitions

1. Est-ce qu'il existe une conception de «langue officielle» d'après le système constitutionnel canadien? Si oui, préciser:
 - a) les sources de cette conception;
 - b) les modalités d'application découlant du système constitutionnel canadien.
2. Existe-t-il d'autres définitions de statut linguistique d'après le système constitutionnel canadien?

II — Les options et leurs implications constitutionnelles

1. Opinions concernant deux langues officielles —
En rapport avec les définitions de «langue officielle» précédemment données, fournir des éclaircissements à propos des questions suivantes:

- a) Le Québec a-t-il la compétence constitutionnelle pour déclarer deux langues comme langues officielles? Si oui, quelles seraient les implications constitutionnelles et les champs d'application d'une telle mesure et quels amendements constitutionnels cela supposerait pour ce faire?
 - b) Le Québec a-t-il la compétence constitutionnelle pour déclarer deux langues comme langues officielles, mais avec une espèce de statut distinct pour l'une d'elles, c'est-à-dire avec des éléments additionnels qui ne sont pas inclus dans le statut de langue officielle? Si oui, quelles seraient les implications constitutionnelles et les champs d'application d'une telle mesure et quels amendements constitutionnels cela supposerait pour ce faire?
2. Opinions concernant une seule langue officielle —
En rapport avec les définitions de «langue officielle» précédemment données, fournir des éclaircissements à propos des questions suivantes:
- a) Le Québec a-t-il la compétence constitutionnelle pour déclarer une langue, seule langue officielle?
 - b) Si oui, quelles seraient les implications constitutionnelles et les champs d'application d'une telle mesure et quels amendements constitutionnels cela supposerait pour ce faire?

Les réponses des juristes, pourtant issus de milieux ethno-culturels variés, traduisent un certain accord sur des points essentiels touchant la compétence du Québec pour légiférer en matière de langue.

Ainsi y a-t-il accord général pour soutenir que le Québec aurait, sur le plan constitutionnel, pleine compétence pour faire du français et de l'anglais, par voie législative, les deux langues officielles de la province, élargissant ainsi le champ d'application assez restreint qui leur a été attribué en 1867 par l'article 133 de l'*A.A.N.B.*

Il y a aussi accord assez général sur le point suivant: le Québec aurait pleine compétence sur le plan constitutionnel, pour faire du français ou de l'anglais la langue officielle de la province,

sous réserve que soit respecté le domaine d'application qu'on peut qualifier d'«intragouvernemental» déjà prévu pour l'anglais et le français dans l'article 133 de l'*A.A.N.B.*

Enfin, la majorité des juristes (MM. Bloomfield, Bonenfant, Patenaude et probablement Beaudoin), tout en reconnaissant une certaine divergence des opinions en la matière, semblent estimer que le Québec pourrait, en vertu de l'article 92(1) de l'*A.A.N.B.*, modifier l'article 133 de cette loi pour abolir les restrictions relatives au champ d'application qu'il attribue au français et à l'anglais, et faire de l'un ou l'autre la langue officielle du Québec sans restriction quant à sa sphère d'emploi. M. Chevette ne s'est pas prononcé sur ce point. L'argument selon lequel la province a constitutionnellement le pouvoir de modifier ou d'abolir l'article 133 de l'*A.A.N.B.* se fonde sur l'article 92(1) de cette loi accordant aux provinces le pouvoir exclusif de légiférer sur ce qui suit:

— «*La modification (chaque fois qu'il y aura lieu et nonobstant toute disposition du présent acte) de la constitution de la province, sauf en ce qui concerne la fonction de lieutenant-gouverneur*».

Et on soutient que l'article 133 fait partie de la constitution de la province. Ce point n'a pas été tranché par le Conseil privé ni par la Cour suprême du Canada. Toutefois, il faut considérer l'usage et l'opinion des hautes sphères des gouvernements qui n'ont jamais été juridiquement contestés devant les tribunaux et qu'on ne peut expliquer qu'en admettant que les provinces, et plus particulièrement le Québec, ont pleins pouvoirs (la fonction de lieutenant-gouverneur mise à part) pour modifier leurs constitutions, même dans les domaines qui, sur le plan politique, peuvent être considérés comme «fondamentaux». M. Patenaude cite des cas où des domaines, qui ont déjà été tenus pour «fondamentaux» et non susceptibles d'une législation restrictive, ont quand même fait l'objet de modifications par l'assemblée législative du Québec en vertu des pouvoirs que lui confère l'article 92(1). La chambre haute du Québec (le conseil législatif), objet des articles 72 et 79 de l'*A.A.N.B.*, a été abolie; de même, les circonscriptions électorales privilégiées, visées par l'article 80, ont été abolies par Québec; sur ce dernier point, M. Bonenfant souscrit à l'opinion de M. Patenaude. Celui-ci mentionne en outre l'article 128

touchant le «serment d'allégeance» par les députés à l'assemblée législative du Québec.

Les juristes consultés par la Commission, estimant que le Québec a le pouvoir, en vertu de l'article 92(1) de l'*A.A.N.B.*, de modifier ou d'abolir l'article 133 pour ce qui est de la province, invoquent tous comme précédent le dénouement de la crise scolaire au Manitoba en 1890: le gouvernement de cette province avait alors aboli, par voie législative, les privilèges des francophones en matière d'enseignement (MM. Beaudoin, Bloomfield, Bonenfant et Patenaude).

L'argument invoqué contre le pouvoir d'abolir l'article 133 est que cet article, ayant le caractère d'une garantie fondamentale, transcende la constitution de la province et fait partie de la constitution générale; à ce titre il ne pourrait être modifié ou aboli que par une loi du Parlement britannique (M. Scott).

Quelques-uns des juristes ont eu de la difficulté à définir le terme «langue officielle», signalant que dans le droit du Québec et du Canada, il n'est employé que dans la Loi fédérale des langues officielles (1969); toutefois, certains d'entre eux, dont MM. Bloomfield et Bonenfant, ont précisé son extension; quoi qu'il en soit, le terme, dans l'usage contemporain, déborderait de beaucoup les domaines étroits et «intergouvernementaux» énumérés à l'article 133 (débat, registres, procès-verbaux des chambres; tribunaux; législation), et embrasserait un plus vaste éventail d'activités, assimilées à celles «d'intérêt public» en vertu de l'intervention du gouvernement ou de subventions gouvernementales.

Plusieurs juristes ont élaboré la théorie intéressante selon laquelle le Québec a déjà une langue officielle, le français, en raison de la colonisation française originelle et d'un long usage qui n'aurait pas été interrompu par des mesures législatives contraires après la conquête anglaise, en 1759 (MM. Bonenfant et Patenaude). M. Bloomfield arrive essentiellement à la même conclusion, en se fondant sur une conception historique connexe, soit celle du français «langue en possession d'État au Québec». M. Scott, par contre, soutient que le français et l'anglais ont historiquement acquis un caractère officiel et la primauté au Québec.

Au-delà de toute divergence d'opinions entre les spécialistes quant à l'étendue et aux limites du pouvoir de légiférer pour le Québec, il y aurait accord sur le point suivant: il faut que dans ce domaine la province évite, en intervenant, tout geste purement «symbolique» (M. Scott) ou «académique» (M. Bonenfant), et s'emploie au contraire à ce que les mesures qu'elle prendra puissent être effectivement mises en œuvre tant à l'échelon gouvernemental qu'au sein de la population. Plus les mesures de l'État seraient théoriques et inopérantes, plus elles tendraient à servir de preuve contre la possibilité de contester la constitution, car selon la jurisprudence il manquerait à la plupart des opposants deux conditions pour être autorisés par les tribunaux à mettre la question en litige: l'«intérêt constitutionnel» et la «qualité pour poursuivre» (M. Scott).

Pour récapituler, le Québec, d'après les juristes que la Commission a consultés, a pleins pouvoirs pour adopter une législation attribuant un statut officiel à deux langues dans la province, avec ou sans priorité en faveur de l'une par rapport à l'autre. Le Québec a aussi pleins pouvoirs pour promulguer une langue officielle, en accordant ou non à l'autre un statut spécial mais inférieur à celui de langue officielle. Dans les deux cas, le Québec serait tenu de respecter le statut «intragouvernemental» attribué au français et à l'anglais par l'article 133 de l'*A.A.N.B.*; toutefois, le Québec a probablement compétence, en vertu de l'article 92(1), pour abolir, de son initiative, l'article 133 quant à la province, si c'était souhaitable ou nécessaire pour la mise en œuvre d'une politique linguistique. Dans les deux cas, bien entendu, la province devra veiller à ce que sa politique linguistique, au stade de la législation ou de l'application, n'empiète pas sur les domaines de compétence attribués exclusivement au gouvernement fédéral par l'*A.A.N.B.*; néanmoins, celui-ci n'a pas le pouvoir de légiférer en matière de langue.

c) Modalités constitutionnelles. — Le domaine de la «langue de travail»

Une décision de la collectivité désignant une ou plusieurs «langue(s) de travail» pour la province pourrait ne consister qu'à définir le champ d'application d'une politique de la ou

des langues officielles; en ce cas, l'État spécifie tout simplement tel champ d'application — qui peut appartenir en partie au domaine public et en partie au domaine privé — pour une politique de la ou des langues officielles. Selon une conception plus large, la désignation d'une ou de plusieurs langues de travail pourrait comporter autre chose que la création d'une ou de deux langues officielles. L'État se trouverait dans l'alternative suivante: assortir la désignation de la ou des langues officielles d'éléments de priorité ou préférence constitutionnelle dans le domaine du travail, ou accorder, dans ce domaine, un statut spécial, mais inférieur à celui de langue officielle, à une ou plusieurs langues non désignées comme officielles.

Nous avons mentionné plus haut l'hétérogénéité des revendications touchant le commerce, l'industrie et l'emploi présentées à la Commission. Pour certains témoins, la langue de travail était bien celle, au sens strict, qui sert à la communication dans l'industrie; pour d'autres, cette expression n'était qu'un point de référence dans l'examen de mesures qui faciliteraient aux Canadiens français l'accès aux cadres supérieurs de l'industrie et du commerce, au Québec, eu égard à leur importance numérique dans la population. La langue, selon ce point de vue, n'est qu'un indice ethno-culturel du degré de mobilité verticale des Canadiens français dans l'industrie et le commerce.

Ces dernières revendications, débouchant sur le caractère «élitiste» de la société québécoise, — au sens technique noté par M. Harold Lasswell, conseiller spécial de la Commission en matière de formation des *élites*, — soulèvent des questions de droit public et d'orientation qui ont à peine été touchées encore en droit constitutionnel québécois ou canadien. Rappelons ici que d'autres pays offrent des précédents relativement aux interventions publiques faites pour répartir la représentation politique en fonction de critères nationaux et ethno-culturels. On relève aussi, au Canada comme à l'étranger, des cas où la nationalité et l'appartenance ethnique ont servi de critères d'embauche négatifs ou positifs. Nous reviendrons là-dessus un peu plus loin; pour le moment, nous nous attacherons à la compétence en droit et d'après la constitution pour ce qui est de la question de langue de travail, au sens strict.

d) Opinions de juristes sur le pouvoir de légiférer en matière de langue de travail d'après la constitution

Comme pour la question des langues officielles, la Commission a demandé les avis de spécialistes du droit constitutionnel sur le pouvoir qu'a le Québec de légiférer en matière de langue de travail. Cette fois encore, elle s'est adressée à un éventail de juristes aussi représentatif que possible. Elle leur a posé quatre questions embrassant, lui semblait-il, toute la gamme des options clés possibles, eu égard aux limites juridiques dans lesquelles devait s'insérer l'élaboration d'une politique gouvernementale québécoise.

Les limitations constitutionnelles et juridiques de l'élaboration d'une politique gouvernementale concernant la langue de travail

- I Est-ce que le gouvernement du Québec a le droit de conférer à une langue quelconque le statut de seule langue d'usage dans les milieux de travail dans la province?
 - 1) Quelles sont les limites établies par le *B.N.A. Act* et le droit constitutionnel fédéral?
 - 2) Quelles sont les limites établies par le droit constitutionnel dans la province?
- II Est-ce qu'il y a en dehors de la constitution, d'autres règles ou principes (fédéraux ou provinciaux) qui pourraient limiter le gouvernement du Québec dans l'établissement d'une langue quelconque comme seule langue d'usage dans les milieux de travail dans la province? Préciser ces autres règles ou principes juridiques.
- III Si le gouvernement du Québec n'a pas le droit d'établir une langue quelconque comme seule langue d'usage dans les milieux de travail dans la province, est-ce que le gouvernement du Québec a le droit de «favoriser» (c'est-à-dire: donner préférence à une langue par rapport aux autres langues) une langue par voie de droit positif (législation, pratique administrative, etc...)?
- IV Si la réponse à la question III est négative, est-ce que le gouvernement du Québec a le droit d'encourager, par des mesures strictement facultatives (par exemple, encouragement, assistance discrétionnaire: diminution des impôts,

etc...), une langue d'usage par rapport à l'autre langue d'usage dans les milieux de travail au Québec?

Passons maintenant aux réponses des juristes. Constatation très importante, elles sont très nettement concordantes malgré les différences ethno-culturelles ou idéologiques des auteurs, dont trois étaient francophones et deux, anglophones.

Les juristes s'estiment amplement fondés à conclure que Québec a pleine compétence législative pour doter la province d'une politique sur la langue de travail, que celle-ci consiste à attribuer une priorité ou préférence à une langue particulière ou à désigner une langue de travail unique. D'après les opinions de ces spécialistes, la principale restriction au pouvoir du Québec en la matière réside dans la garantie que l'article 133 de l'*A.A.N.B.* assure au français et à l'anglais. Mais cette limitation, ainsi que le font observer les juristes, est assez étroite, car elle ne concerne au Québec que le corps législatif et les tribunaux de la province. Au moins deux des juristes (MM. Brun et Samson), et peut-être un troisième (M. Beaudoin), donnent à entendre que le corps législatif du Québec aurait, en vertu de l'article 92(1) de l'*A.A.N.B.*, le pouvoir nécessaire pour abolir cette restriction de sa propre initiative, sans avoir besoin du concours fédéral ou de quelque autre concours non québécois.

Mise à part la question de l'article 133, il y a accord chez les juristes quant au pouvoir qu'a le Québec d'établir, par voie législative, une politique de la langue du travail, qu'il s'agisse d'une préférence ou priorité ou d'une langue unique. Tous les juristes estiment que pareille législation québécoise, eu égard au régime constitutionnel fédéral du Canada, devrait être rédigée avec un soin extrême pour ne pas enfreindre les articles 91 et 92 qui répartissent les pouvoirs entre le Parlement fédéral et les corps législatifs provinciaux. Les opinions constitutionnelles de ces juristes accusent quelques faibles divergences qu'on peut résumer ainsi:

M. Scott, celui qui reconnaît sans doute au Québec le moins de pouvoirs législatifs, met surtout l'accent sur les encouragements ou sur une assistance discrétionnaire, comme mesures positives accessibles au Québec.

M. Abel a conclu que Québec a pleins pouvoirs pour désigner une langue comme «langue de travail», et il propose que la loi soit rédigée de façon à indiquer clairement que ce sont les conditions d'emploi qui sont visées. Il estime que la loi aurait une portée générale, mais ne s'appliquerait pas aux établissements qui relèvent du gouvernement fédéral (catégorie dont il exclut jusqu'aux sociétés fédérales faisant affaire au Québec).

M. Beaudoin lui aussi exclut formellement du champ de toute législation québécoise éventuelle en matière de langue de travail les entreprises relevant du gouvernement fédéral installées au Québec (catégorie dans laquelle il englobe les services fédéraux au sens étroit du terme et ceux qui s'occupent de la navigation et du téléphone). Par ailleurs, il prête au Québec pleine compétence pour réglementer l'usage des langues, pour assurer une protection spéciale à une langue ou lui attribuer la fonction de langue de travail, pour imposer une langue de travail principale ou exclusive.

MM. Brun et Samson, de leur côté, proposent que Québec prenne la précaution de rendre inopérant pour la province l'article 133 de l'*A.A.N.B.* avant d'adopter une politique en matière de langue de travail. Mais ces deux juristes, comme nous l'avons déjà noté, ne voient pas d'obstacle constitutionnel à ce que Québec abolisse l'article 133; même sans cette mesure, un vaste secteur s'offrirait, selon eux, à la mise en œuvre d'une politique de grande portée touchant la langue de travail.

Les cinq juristes estimerait en substance que les lois fédérales telles que la *Loi des langues officielles* et la *Déclaration des droits* ne modifient en rien la compétence du Québec en la matière.

Bref, la principale conclusion à tirer des opinions des juristes présentées à la Commission est la suivante: les problèmes constitutionnels que soulèverait l'adoption d'une politique touchant la langue de travail sont marginaux, secondaires, et concernent essentiellement les questions de rédaction, de terminologie. Cela n'exclut pas la possibilité d'une contestation constitutionnelle de caractère dilatoire devant les tribunaux si le gouvernement fédéral décidait de pratiquer la «guerrilla», selon les termes de MM. Brun et Samson, dans un effort pour contrer toute politique provinciale établie par voie législative. Cette opposition, bien

entendu, aboutirait éventuellement à la Cour suprême du Canada qui, comparativement au Conseil privé, n'a guère été favorable aux intérêts du Québec ces dernières années. Cependant, par contraste avec les cas antérieurs où le Québec a été débouté, le poids de la tradition et de l'orthodoxie constitutionnelle semblerait cette fois jouer en faveur du Québec; le rejet de telles mesures nécessiterait, semble-t-il, de la part de la Cour, une décision tenant essentiellement de la législation, du droit naturel et de l'élaboration d'une politique dans le style des *avis* de feu le juge en chef Duff et de feu le juge Rand, que cite M. Scott dans son opinion juridique.

Il convient de noter ici que les cinq juristes consultés par la Commission n'ont examiné que les questions de restrictions et de compétence d'ordre constitutionnel. Ils s'abstiennent fort justement, n'ayant pas été interrogés sur ce point, de se prononcer sur les obstacles sociaux à l'élaboration et à la mise en œuvre d'une politique de la langue de travail.

e) Droit théorique et droit vécu. — Limitation socio-éthique à la mise en œuvre des lois

La question des obstacles à la mise en œuvre des lois, — les faits socio-éthiques conditionnant et déterminant en fin de compte la mise en œuvre de toute règle juridique positive, — n'a absolument rien à voir avec la question de la compétence constitutionnelle ou juridique au sens large. Mais elle est sans cesse présente à l'esprit des juristes qui connaissent bien les enseignements des écoles modernes de science sociologique du droit et leur distinction fameuse entre le droit théorique (*law-in-books*) — soit les règles juridiques *a priori* et abstraites établies par les législateurs — et le droit vécu (*law-in-action*) — soit le consentement et les attitudes de la collectivité à l'égard de ces règles. Le grand juriste austro-hongrois, Ehrlich, a démontré de façon frappante les limites que le *droit vivant* (le consentement) impose aux législations officielles hasardeuses; il a exposé l'écart entre les codes civils habsbourgeois adoptés par la capitale impériale, Vienne, et les coutumes quotidiennes face à ces lois chez les groupes ethniques de la lointaine Bucovine, où il exerçait et enseignait le droit. Quelques générations plus tard, Roscoe Pound, grand juriste américain et fondateur de l'école nord-

américaine de science sociologique du droit, a développé le principe central d'Ehrlich; se fondant sur l'échec du dix-huitième amendement à la constitution des États-Unis (relatif à la prohibition), il a montré que des règles de droit positives, même consacrées par l'insertion dans la constitution, peuvent demeurer lettre morte si le législateur n'a pas suffisamment tenu compte au préalable de faits sociaux élémentaires tels que le consentement public et les contraintes et pressions de la collectivité en faveur de leur mise en œuvre.

Québec possède sûrement le pouvoir constitutionnel et les ressources administratives nécessaires pour appliquer une politique de la langue de travail dans ses ministères, organismes et services. En outre, Québec pourrait sans doute obtenir des établissements subventionnés (écoles et universités) devenus alors assimilables à ceux d'intérêt public, qu'ils se conforment raisonnablement à sa politique de la langue de travail; au besoin, il pourrait subordonner cette aide financière à un effort honnête pour respecter l'esprit et la lettre de cette politique.

Dans le domaine privé, l'écart virtuel entre idéal juridique et situation sociale effective risque d'être plus grand, ce qui tempère nécessairement l'opinion qu'une commission d'enquête est appelée à donner aux autorités politiques. Nous avons bien fait des recherches à l'étranger pour vérifier si on y avait élaboré et appliqué des politiques touchant la langue de travail, mais nous n'avons pas découvert d'exemples concrets d'application étayée sur des sanctions, ni de programmes coercitifs quant à la langue de travail dans le commerce et l'industrie. Comment des directives officielles pourraient-elles être mises en œuvre dans ces deux secteurs? Quels genres de sanctions ou de peines officielles seraient propres à en assurer le respect? Quels mécanismes complexes faudrait-il pour faire observer les règlements officiels dans le commerce et l'industrie? Poser ces questions quant au respect de la loi, voilà qui montre peut-être qu'une intervention publique, pour faire suivre des règlements en matière de langue dans le commerce et l'industrie, risquerait de demeurer illusoire. Nous n'entendons pas, par là, fermer la porte à toute politique positive reposant sur des moyens juridiques en ce domaine. Nous voulons simplement signaler la complexité de la tâche, l'absence de modèles éprouvés ou de précédents dans notre pays ou à l'étranger et indiquer qu'il faut bien se

rendre compte que le législateur s'engagerait alors dans un domaine juridique inconnu ou nouveau. Nous sommes donc amenés à conclure qu'il faudrait mobiliser les ressources de la collectivité, — intellectuelles et matérielles, — à un point dépassant de beaucoup ce qu'exige ordinairement l'élaboration d'une politique officielle.

Il y aurait aussi, bien sûr, la voie non coercitive, c'est-à-dire celle de mesures telles que les subventions, exonérations ou réductions d'impôts, etc., auxquelles on aurait recours pour inciter le commerce et l'industrie à collaborer librement à la mise en œuvre d'une politique provinciale de la langue de travail; toutefois, les méthodes d'incitation libérale exigent du temps en général et donneraient des résultats inégaux, un peu comme aux États-Unis où on applique d'une façon progressive dans le temps et l'espace une décision de la Cour suprême qui a fait étape, soit celle de 1954 déclarant inconstitutionnelle la ségrégation raciale dans les écoles élémentaires (*Brown c. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483).

f) Accès aux cadres supérieurs du secteur économique et des autres secteurs, au Québec

Finalement, pour ce qui est de la langue de travail, nous traiterons de l'intervention publique pour accroître le nombre des Canadiens français accédant aux cadres supérieurs de l'économie (et d'autres secteurs), compte tenu de leur proportion dans l'ensemble de la population québécoise. Quant aux divers aspects du problème linguistique exposés par des particuliers et des groupes à la Commission, il a semblé aux Commissaires que celui-ci correspondait à la revendication la plus urgente qu'ait présentée un groupe d'intérêt, — non nécessairement le plus considérable en nombre, mais politiquement le plus important en raison de sa haute formation technique, et notamment de son aptitude à faire valoir son point de vue — soit la bourgeoisie canadienne-française des cadres et des professions libérales.

Cette conception du problème soulève deux points: est-il possible aux termes de la constitution d'établir une répartition nationale et ethno-culturelle des postes de commande ou de cadres moyens dans les entreprises commerciales et les établissements publics et privés du Québec? La province a-t-elle la compétence

pour établir, comme conditions d'accès aux professions ou dans le commerce et l'industrie en général, des critères essentiellement ethniques ou ethno-culturels? Quant à la première formule, divers pays y ont eu recours pour la représentation politique: la seconde figure sûrement dans la législation et dans la jurisprudence de divers pays et notamment du Canada, mais pas nécessairement selon des modalités à recommander aux générations actuelles.

Le type par excellence de la représentation proportionnelle des groupes ethniques nous est offert par la constitution cypriote d'après l'indépendance, où des dispositions précises définissent la représentation de la minorité turque dans les principaux organes de l'État, dont l'exécutif et la Cour suprême. On trouve au Canada quelque chose d'analogue, du point de vue des relations entre le Québec et le gouvernement fédéral: la *Loi sur la Cour suprême* prévoit que trois des neuf juges doivent venir du Québec; toutefois, comme cette stipulation ne précise pas que ces trois juges doivent être canadiens-français, elle se trouve à perdre une partie de son effet, d'autant plus que les juges sont tous nommés par le gouvernement fédéral.

En Europe continentale, le principe de la représentation politique directe des minorités ethniques et culturelles a été largement mis à l'épreuve, soit de façon formelle et explicite par la création de circonscriptions «nationales» pouvant élire «leurs» propres représentants, soit d'une façon indirecte par le *scrutin de liste* pour les élections législatives, appliqué en partie ou intégralement. Le juge Leibholz a traité cette question dans une étude d'une grande envergure effectuée à la demande de la Commission; il n'y a pas lieu de développer ce point pour le moment. Nous nous contenterons de noter, au passage, que des mesures de cet ordre comptent parmi les options institutionnelles s'offrant au Québec, s'il décidait d'accorder une protection constitutionnelle à la minorité (c'est-à-dire la minorité anglophone, anglo-saxonne ou autre), comme élément de sa politique linguistique d'ensemble. La question d'une réforme du système électoral en vue d'une représentation plus réelle des divers groupes ethniques du Québec actuel sera traitée plus loin.

On se demande si les modèles mis au point pour assurer une représentation «nationale» effective dans les activités gouvernementales peuvent se transposer dans le secteur du commerce

et de l'industrie, encore aujourd'hui largement privé. Au moment où au Québec des intellectuels revendiquant une plus grande « présence » canadienne-française aux postes de commande de l'industrie et du commerce, des mouvements analogues, et un peu xénophobes, se font jour au Canada anglais; en effet, on y préconise à l'échelon fédéral et à l'échelon provincial, une législation tendant à réduire la part étrangère, et en particulier américaine, dans la propriété et le contrôle de l'industrie et des ressources naturelles du Canada; l'instrument juridique que recherchent ces groupes de pression nationalistes de langue anglaise consiste principalement dans des lois établissant à 51% au minimum la propriété et la direction canadiennes des entreprises canadiennes de statut fédéral ou provincial. À première vue, et tant que le Québec s'en tiendra aux pouvoirs législatifs que lui attribue le régime dualiste (fédéral-provincial) créé par l'*A.A.N.B.*, il ne semblerait pas se poser de problème de compétence pour ce qui est d'une répartition des postes selon les groupes « nationaux » dans l'industrie et le commerce, et moins encore, évidemment, s'il s'agissait simplement d'encourager une plus grande mobilité verticale des Canadiens français par d'autres moyens, qui seraient essentiellement facultatifs. Le problème aurait trait plutôt à l'efficacité de la loi, ce qui nous ramène à l'écart, souvent mentionné, entre l'idéal des règles de droit *a priori* et la réalité, le droit « vivant ». Il n'est pas sûr que les voies du droit aient connu un développement qui permette d'élaborer des méthodes efficaces pour traduire en pratiques quotidiennes dans ce domaine les impératifs de l'État; d'ailleurs, les précédents étrangers et canadiens ne semblent pas toujours pertinents, ni ne sont très encourageants et intéressants, d'un point de vue contemporain. Contrairement à la constitution cypriste, qui est positive et détaillée, et prévoit une représentation minimum, ces précédents sont plutôt négatifs, restrictifs et exclusifs, puisqu'ils comportent des critères ethniques comme conditions d'accès aux professions et métiers; le caractère de discrimination et de partialité ethnique de ces tentatives d'ordre législatif, qui ont pour théâtre la République sud-africaine et en certains cas les provinces anglophones du Canada, est sans doute manifeste. En outre, et sur la foi de l'expérience sud-africaine, des problèmes très ardues se poseront quant à l'interprétation des lois pour déterminer comment classer les personnes qui souhaiteront accéder à des catégories « na-

tionales» ou ethniques privilégiées; un certain nombre de cas de cet ordre suffiraient pour susciter devant les tribunaux des litiges politiques épuisants et dilatoires. Le point de vue de la Commission à cet égard est le suivant: Québec a pleins pouvoirs pour favoriser par des mesures positives une plus grande mobilité verticale, ainsi que l'accès aux postes clés, pour les Canadiens français, dans le commerce et l'industrie; cependant, certains facteurs d'ordre technique, dont les limites manifestes des connaissances juridiques en ce domaine, mettent en relief les nombreuses difficultés d'ordre pratique que comporte toute solution de droit assortie de sanctions et de coercition, comparativement à la voie facile des mesures facultatives (subventions, réductions d'impôts, etc.), si inefficace et anodine que celle-ci puisse sembler être à brève échéance.

g) Modalités constitutionnelles. — Langue d'enseignement

La situation constitutionnelle quant à la langue d'enseignement a été exposée dans une partie antérieure du présent rapport. Elle est très nette. L'enseignement relève entièrement des provinces; il n'est assujéti qu'aux seules limitations de l'article 93 de l'*A.A.N.B.* Québec a donc pleins pouvoirs pour instaurer la politique linguistique de son choix en la matière. Les limitations découlant de l'article 93 n'ont trait qu'à la religion: elles ont pour objet de préserver les privilèges dont jouissaient les écoles confessionnelles (catholiques et protestantes) au moment où naissait la Confédération en 1867. Chez certains particuliers et groupements de langue anglaise qui ont témoigné devant la Commission, il y avait tendance à confondre «écoles protestantes» et «écoles de langue anglaise», et par voie de conséquence à faire de même pour les termes «écoles catholiques» et «écoles de langue française». Aussi soutenaient-ils que les privilèges garantis par l'article 93 constituaient une protection constitutionnelle en faveur de l'enseignement en langue anglaise au Québec. Or, cette assimilation de la langue et de la religion n'est pas valide historiquement; elle ne correspond pas non plus à l'état social du Québec actuel, puisqu'elle fait abstraction des écoles de langue anglaise qui appartiennent à la confession catholique. De toute façon, cet argument ne pourrait tenir, d'après l'interprétation constitutionnelle qui a cours habituellement en anglais, devant

l'article 93, dont le libellé très clair et explicite a une portée exclusivement «confessionnelle».

Certains témoins anglophones ont soutenu que, malgré le caractère non équivoque de l'article 93, la Commission devait admettre que s'était élaboré peu à peu, du fait d'une certaine interprétation de l'article 93, un ensemble de «droits acquis» ou de «droits coutumiers», et que ceux-ci assuraient à tout parent au Québec la faculté de faire instruire ses enfants dans les écoles anglophones ou francophones; comme corollaire, la province de Québec serait tenue d'assurer cette dualité linguistique de l'enseignement par des écoles à sa charge ou bénéficiant de son aide financière. À supposer qu'on réunisse assez d'éléments de preuve pour établir l'origine et le maintien de pareille coutume, il n'en serait pas moins vrai, d'après les principes du droit constitutionnel anglais ayant cours au Canada, que la province pourrait restreindre, modifier ou abolir cette coutume par des mesures législatives ordinaires ou indirectement, par une loi contraire. Les théories dites des «droits acquis» et des «droits coutumiers» appartiennent, comme l'ont signalé M. Carl Friedrich et d'autres juristes consultés sur ce point, à une époque prédémocratique de l'histoire constitutionnelle de l'Europe continentale. Ces théories, quoi qu'il en soit, n'ont jamais fait partie du droit constitutionnel anglais ou canadien; elles sont dénuées de toute signification au Canada; elles ne font donc pas obstacle au pouvoir législatif de la province. Par ce point de vue, bien sûr, nous nous plaçons, en professionnels, sur le plan constitutionnel et juridique; nous n'examinons pas si, dans l'ordre des principes, il serait opportun que ces revendications soient reconnues d'une façon ou de l'autre. Pour que cette action soit efficace en droit, il faudrait une sorte d'institutionnalisation ou de protection constitutionnelle spéciale des intérêts qu'il s'agirait de reconnaître; nous reviendrons sur ce point dans la partie consacrée à la protection des minorités.

h) Modalités constitutionnelles. — Situation juridique particulière des étrangers et des naturalisés au Québec

Dans la partie du rapport où nous indiquions les faits sociaux qui conditionnent notre mandat, nous avons mentionné que les immigrants venant de pays où ni le français ni l'anglais ne sont

langues officielles ont manifestement tendance à adopter l'anglais plutôt que le français comme langue d'usage. Ainsi, ils préfèrent pour leurs enfants les écoles anglophones, fait qu'on observe jusque chez les immigrants originaires de pays catholiques et latins; même si pour cela ils doivent mettre leurs enfants à une école protestante en l'absence d'une école catholique de langue anglaise dans la région ou le quartier. De plus, les immigrants s'orientent si possible vers les milieux anglophones du commerce et de l'industrie. Ces tendances contribuent sans doute à restreindre l'usage du français dans la vie québécoise, puisqu'elles augmentent les effectifs anglophones et réduisent la proportion des francophones dans la population.

Le mandat de la Commission, qui porte d'abord sur l'épanouissement du français au Québec, embrasse nécessairement l'analyse de tous les moyens et contrôles qui pourraient être mis en œuvre à cette fin, notamment des politiques à l'égard des personnes venant s'établir au Québec. Nous allons examiner la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité d'une gamme d'options en ce domaine, mais sans nous prononcer, bien sûr, sur la valeur politique de chacune.

Disons tout de suite que l'*A.A.N.B.* n'est pas particulièrement clair ni particulièrement utile en ce domaine. L'article 91 (paragraphe 25) comprend, dans l'énumération des pouvoirs fédéraux, la rubrique «naturalisation et aubains». Par contre, l'article 95 attribue concurremment à chaque province et au parlement fédéral le pouvoir de légiférer sur l'immigration dans la province en cause, mais sous réserve que la législation provinciale ne s'applique que dans la mesure où elle sera compatible avec celle du gouvernement fédéral, le cas échéant. En d'autres termes, l'article 95 établit un pouvoir commun, mais assorti d'une primauté fédérale en cas de conflit.

L'article 95 de l'*A.A.N.B.* est ainsi conçu:

La législature de chaque province pourra légiférer sur l'agriculture et l'immigration dans cette province. Le Parlement du Canada pourra, chaque fois qu'il y aura lieu, légiférer sur l'agriculture et l'immigration dans toutes les provinces ou dans quelque une ou quelques-unes en particulier. Une loi de la législature d'une province concernant l'agriculture et l'immigration n'y aura d'effet qu'aussi longtemps et autant qu'elle

ne sera pas incompatible avec une loi du Parlement du Canada.

Cet article laisse non résolues un certain nombre de questions fondamentales; il faudrait probablement s'employer à les résoudre par la recherche d'analogies avec des articles plus généraux ne visant pas nommément «la naturalisation et les aubains» ni «l'immigration»; on pourrait aussi procéder par déduction à partir de la jurisprudence constitutionnelle sur ces dispositions; toutefois, cette jurisprudence est passablement éparse et ne correspond pas immédiatement aux préoccupations d'aujourd'hui. Ainsi, est-ce que les pouvoirs provinciaux découlant de l'article 95 concernant l'immigration dans la province permettraient au Québec, du moins en l'absence de législation fédérale contraire, d'interdire ou de soumettre à certaines conditions l'accès du territoire provincial à des personnes habitant d'autres provinces, qu'elles soient étrangères, naturalisées ou canadiennes de naissance, si leur présence en grand nombre pouvait réduire la proportion des francophones dans la population de la province? Quant à l'entrée de personnes venant des autres provinces, rien d'explicite n'en interdit le contrôle provincial. Toutefois, une réponse affirmative à cette question semblerait, d'après les principes de la constitution, comporter la sanction constitutionnelle de frontières interprovinciales qui feraient obstacle au libre mouvement de la population dans le pays, situation qui paraîtrait vraiment intolérable dans un État fédéral (Voir *Edwards c. People of State of California*, 314 U.S. 160 (1941), et *Winner c. S.M.T.(Eastern) Ltd. and Attorney-General of New-Brunswick*, 1951, 4 D.L.R. 529, opinion concordante du juge Rand). À ces fins, il faudrait que tout sujet d'un pays ami jouisse au Canada des mêmes droits que le citoyen canadien (le juge Rand, dans *Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd. and Attorney-General of New-Brunswick*, *ibid.*).

Est-ce que la province aurait compétence, dans le cas des immigrants, pour assujettir l'accès de son territoire à l'obligation de bien posséder le français ou l'anglais, ou ces deux langues? Probablement, en l'absence d'une disposition formelle contraire du gouvernement fédéral; toutefois, de telles conditions imposées aux immigrants étrangers par les autorités provinciales sembleraient, en droit constitutionnel comparé, tout à fait nouvelles et incompatibles avec les principes de base, d'une manière générale, et avec le principe de la solidarité fédérale plus précisément.

Dans le cas de l'immigré déjà établi au Québec, la province aurait-elle compétence pour assujettir de conditions spéciales son statut d'immigré étranger, voire de sujet naturalisé? Pourrait-elle, par exemple, l'obliger à acquérir une certaine connaissance pratique du français ou de l'anglais dans tels délais après son arrivée? Ou encore, à faire instruire ses enfants dans une école publique où l'enseignement serait dispensé en français, — voire en anglais? La réponse serait affirmative, d'après la jurisprudence constitutionnelle canadienne interprétée par la Cour suprême et le Conseil privé. Dans les causes citées plus haut, le juge Rand a distingué d'une part les «éléments accessoires» (incidents) du statut d'un citoyen (qui relèveraient à son avis, de la réglementation législative provinciale) et, d'autre part, les «éléments essentiels» (qui ressortiraient à l'État fédéral exclusivement). Le côté subtil et la finesse de cette opposition sont illustrés par la jurisprudence canadienne antérieure qui aurait servi de source au juge Rand: le Conseil privé a statué que l'interdiction de recourir à des Chinois, naturalisés ou non, pour des travaux de fond dans les mines de Colombie-Britannique outrepassait les pouvoirs de la province (*Union Colliery Co. of British Columbia c. Bryden*, 1899, A.C. 580); par contre, l'exclusion des Japonais (et des Chinois) naturalisés des listes électorales pour les élections provinciales de Colombie-Britannique a été jugée du ressort législatif de la province par le Conseil privé (*Cunningham and Attorney-General of British Columbia c. Tomey Homma*, 1903, A.C. 151). À l'occasion de ce procès, le Conseil privé, commentant sa décision antérieure dans l'affaire Bryden, a expliqué que celle-ci n'avait pas trait à la réglementation des houillères, qui est de compétence provinciale, mais aux Chinois en cause, lesquels relevaient du gouvernement fédéral. Par contre, la Cour suprême du Canada, onze ans après l'arrêt relatif à l'affaire Homma, a maintenu par quatre voix contre une, une loi de la Saskatchewan prévoyant une peine pour tout Chinois, naturalisé ou non, qui emploierait une blanche dans un restaurant ou une blanchisserie dont il serait propriétaire ou qu'il dirigerait; elle a fait valoir que la loi provinciale avait essentiellement pour objet de protéger femmes et jeunes filles de race blanche (compétence provinciale), mais ne visait pas les Chinois (compétence fédérale). (Il s'agissait de l'affaire *Quong Wing c. le Roi* (18 D.L.R. 121, 1914). Voir en outre *Attorney-General for British Columbia c. Attorney-General for Canada*, 1924, A.C. 203).

Dans l'état actuel de la jurisprudence constitutionnelle canadienne, il semble donc que la province puisse soumettre à certaines règles un étranger ou un citoyen naturalisé établi dans son territoire, sous réserve que cette réglementation ne porte que sur les éléments accessoires du statut de l'intéressé, et non sur son caractère d'étranger ou de citoyen naturalisé. La province devrait s'appliquer cependant, compte tenu des distinctions établies par la jurisprudence constitutionnelle, à éviter dans la rédaction de ses projets de législation tout élément de xénophobie analogue à celui contre lequel le tribunal a statué dans l'affaire Bryden. Cette précaution prise, une province pourrait établir des distinctions, en droit public, entre citoyens de naissance et citoyens par naturalisation, et *a fortiori* entre ceux-ci et les étrangers, d'après la jurisprudence constitutionnelle canadienne. Notons toutefois que cette jurisprudence repose sur des causes assez anciennes; la tendance de l'évolution, à tout le moins, est défavorable dans les grands États fédéraux à l'autorisation ou au maintien de telles différenciations dans leur jurisprudence.

6. Planification dans le domaine linguistique. — Affirmations antérieures par le gouvernement québécois de sa compétence juridique et constitutionnelle en matière de langue; réac- tions des autres provinces

Les cas où le gouvernement québécois a affirmé sa compétence constitutionnelle et juridique en matière de langue figurent dans la compilation législative et administrative consacrée à ce sujet (voir appendice E); on en trouvera les éléments essentiels dans la synthèse préparée par M. Herbert Marx (voir appendice D ii).

Les principales conclusions à tirer de l'action du gouvernement québécois en ce domaine seraient les suivantes: il n'a commencé que tout récemment à exercer le pouvoir, pourtant reconnu, de protéger et de développer le caractère français de la province; il n'a adopté que par à-coups des mesures fragmentaires, peu coordonnées, voire tout à fait particulières, et dénuées de tout plan d'ensemble; les objectifs vers lesquels tendaient ces mesures

n'étaient pas suffisamment définis, et parfois il est même arrivé qu'on ait appliqué en même temps des politiques divergentes ou contradictoires.

Le gouvernement québécois n'aurait donc réagi que vers 1965 à la crise linguistique qui s'aggravait sans cesse; son intervention fit alors suite à la «révolution tranquille» mise en branle quelques années plus tôt par le premier ministre Jean Lesage. Mais la méthode adoptée tenait plutôt de l'expédient que d'un plan directeur qui eût été élaboré en fonction d'un ordre de priorités par domaines et qui eût comporté la définition des modalités et des techniques de mise en œuvre; la réaction du gouvernement, sur le plan législatif, dépendait, semble-t-il, des initiatives et des orientations de tel ou tel membre du cabinet. En fin de compte, aucune doctrine cohérente ne ressort des mesures concrètes prises depuis 1965. Parfois, on dirait que le gouvernement québécois cherche à se réfugier dans une attitude législative de «tâtonnements»; en effet, le fatras des politiques différentes et parfois incompatibles semble tenir, pour une certaine part, à la succession des partis au pouvoir et à des changements de «leaders» au sein d'un gouvernement, lesquels entraînent, il va sans dire, des changements dans les orientations idéologiques. Dans certaines circonstances, notamment à l'occasion de la loi 63, le gouvernement, tel Janus, semble s'orienter vers des horizons opposés, et vouloir donner et reprendre tout à la fois. Tout compte fait, cependant, la loi en question, réaction immédiate à l'*affaire de Saint-Léonard*, ne refléterait-elle pas une sorte de laisser-faire général dans le dualisme français — anglais, de même qu'une conception pluraliste de la société québécoise, puisque l'État tolérerait que les immigrants ni français ni anglais s'établissant au Québec se joignent à la communauté francophone ou à la communauté anglophone, selon leur choix? Cette démarche contraste vivement avec les attitudes intellectuelles que traduisent les autres mesures gouvernementales adoptées après 1965; en effet, celles-ci marquent nettement la priorité accordée à la langue française comme moyen majeur de protéger et de développer le caractère français du Québec.

Notons que le gouvernement québécois, mise à part la loi 63, ne semble pas avoir été trop influencé dans sa législation par la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme; en effet, cet organisme, créé par le gouvernement fédéral,

avait recommandé à celui-ci une politique de dualité linguistique (anglo-française) dans les domaines législatifs de sa compétence, pour résoudre la crise linguistique québécoise dans la mesure où elle se répercutait à l'échelle fédérale ou canadienne. Les mesures des provinces anglophones (Ontario, Nouveau-Brunswick et Manitoba) tendant à mettre en œuvre un certain bilinguisme dans divers domaines de leur compétence, dont les corps législatifs et les écoles publiques, peuvent sûrement être considérées comme faisant suite, d'une manière générale, aux initiatives fédérales. Toutefois, il y a lieu de croire, notamment dans le cas de l'Ontario où les mesures du gouvernement Robarts semblent avoir la plus grande portée et les plus grandes incidences sociales, que les gouvernements des trois provinces étaient inspirés par la façon dont ils percevaient la crise linguistique au Québec; de plus, ils auraient marqué judicieusement, pour les autres provinces, la voie de la bonne entente et de la courtoisie qui convient entre membres d'une confédération. Certes, on peut faire observer, en se référant à l'histoire constitutionnelle et politique, que les provinces anglophones, en réagissant ainsi ces dernières années à la crise linguistique du Québec, ne faisaient que corriger des injustices de longue date, c'est-à-dire les mesures par lesquelles elles avaient aboli les privilèges du bilinguisme qui existaient à l'origine ou aux premiers temps de la Confédération; les corps législatifs de ces provinces avaient appliqué le principe de l'unilinguisme en faveur de l'anglais. Toutefois, en se fondant sur les faits, n'y a-t-il pas lieu de croire que ces orientations nouvelles de la part des provinces anglophones ont pour origine une bonne volonté et une magnanimité politique toutes récentes et sans rapport avec les événements extérieurs? Plus précisément, le gouvernement de chacune des trois provinces aurait tenu à rendre justice à tous ses citoyens, francophones comme anglophones, sans toutefois établir de classifications ou de distinctions entre les diverses communautés. D'après cet argument, les mesures adoptées n'ont rien à voir avec le débat sur les mérites respectifs du principe de *personnalité* et du principe de *territorialité* comme base d'une politique linguistique générale pour une société aussi diversifiée que celle du Canada et du Québec. Le principe de *personnalité* proposé par la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, et adopté récemment par le gouvernement fédéral, aurait pour effet d'instituer la dualité linguistique (anglo-française) dans une région ou une unité territo-

riale entière, — le Canada en l'occurrence. Par contre, le principe de *territorialité* supposerait un effort pour réaliser la pluralité linguistique par la décentralisation territoriale de la politique linguistique, sur une base plus ou moins locale ou régionale; d'une manière générale, les unités régionales seraient unilingues (anglaises ou françaises au Canada et au Québec); toutefois, cette règle pourrait comporter des exceptions en faveur du bilinguisme, par exemple pour la région de la capitale ou pour celle de la principale agglomération commerciale et financière. De toute façon, les mesures récentes en faveur du bilinguisme de la part du gouvernement ontarien et des gouvernements des autres provinces anglophones susmentionnées ont été adoptées indépendamment des politiques fédérales; elles ne devraient donc pas être réduites à néant par une remise en question du principe de *personnalité* proposé par la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme et adopté par le gouvernement fédéral pour les domaines de son ressort, ce nouvel examen comportant une appréciation de ce que coûtent socialement ces politiques fédérales, eu égard aux résultats qu'on en aurait obtenus. Ajoutons que seul le principe de *personnalité* avait cours dans la législation et dans la pratique administrative du gouvernement québécois jusqu'à la «révolution tranquille»; par la suite, il aurait coexisté avec des politiques d'une autre inspiration qui, d'une manière générale, s'accordaient avec lui, mais qui s'y opposaient nettement en certains cas.

7. Droits de la majorité et droits de la minorité

En vertu de son mandat, la Commission devait étudier la question des droits linguistiques au Québec, en même temps que la situation du français dans la province. Il s'agit manifestement de mettre en balance ici, d'une part les intérêts de la majorité francophone, et d'autre part ceux des divers groupes ethno-culturels pour qui le français n'est ni langue nationale ni langue québécoise de premier choix. Il en découlerait logiquement pour la Commission qu'après avoir proposé une politique d'affirmation du français, elle pourrait fort bien recommander, en guise de compensation, des avantages ou des garanties pour les groupes non francophones du Québec. Certes, nous entendons étudier ce pro-

blème dans son contexte juridique et constitutionnel, mais ce serait là une façon trop étroite de le poser. Car dans nombre de situations de fait, et peut-être la plupart, il se peut qu'il n'y ait ni incompatibilité ni antagonisme déclaré entre les intérêts de la majorité et ceux de la minorité; ils pourraient même se révéler conciliables sinon identiques. Enfin, quant aux situations de fait où les intérêts de la majorité et ceux de la minorité sont vraiment en opposition, nous rappellerons que la majorité a des droits elle aussi. Le problème, dans un contexte juridique et constitutionnel, consisterait, selon une conception jamesienne, à constater dans les faits les intérêts et les revendications de la société, à reconnaître que ces intérêts sont légitimes dans la mesure où ils sont mis de l'avant par la société, et à leur faire droit au maximum par la conciliation du plus grand nombre d'entre eux.

a) Protection constitutionnelle. — Les mécanismes

Certaines des difficultés soulevées devant la Commission lors des délibérations sur ce problème sont d'une grande complexité; or, étant donné leur répercussion constitutionnelle à long terme, elles intéressent la collectivité d'une façon qui déborde le mandat de la Commission.

Voilà, à titre d'exemple, un point qui a été soulevé: à supposer que la Commission déciderait de proposer une politique linguistique de juste équilibre entre les intérêts et les revendications de la majorité et ceux de la minorité, est-ce que la province pourrait créer une protection constitutionnelle qui mettrait cette formule à l'abri des restrictions et de l'abolition, advenant des modifications ou des renversements de l'opinion politique au Québec? En termes constitutionnels, il s'agit plus précisément de savoir si la province pourrait assortir d'une garantie spéciale une formule linguistique particulière de façon qu'elle ne soit pas susceptible de modification ou de révocation par d'autres majorités à la chambre, sauf par des voies législatives ou constitutionnelles extraordinaires qui comporteraient des majorités renforcées, à certaines étapes, ou l'intervention directe du corps électoral, ou encore un étalement du changement sur un certain nombre d'années. Ces méthodes de «garantie» constitutionnelle ont cours dans divers systèmes. Le principe des majorités renforcées est commun dans les constitutions d'Europe continentale; il n'est pas étranger, non plus, aux pays à constitutions dérivant de la *com-*

mon law. En République sud-africaine, les articles 35, 137 et 152 de la constitution (Loi de 1909) stipulent, pour la création d'une garantie constitutionnelle, une majorité des deux tiers aux deux chambres du parlement en session conjointe. Dans le régime fédéral d'Australie, la constitution de l'État de la Nouvelle-Galles du Sud prévoyait une décision majoritaire par référendum comme préalable à l'abolition du sénat, dont les membres étaient nommés à vie, à l'époque. La modification constitutionnelle comporte aussi des étapes, ou l'étalement dans le temps, en régime britannique; la *Loi du Parlement* (1911) accordait à la chambre haute, nominative et héréditaire, un droit de veto suspensif de deux ans sur toute mesure non financière adoptée par la chambre basse: en fait, la réforme radicalement démocratique que constituait la *Loi du Parlement* (1911) a valu à la chambre basse de pleins pouvoirs de législation autonome sous la réserve que les projets de loi fussent déposés au moins deux ans avant que ne prenne normalement fin le mandat du gouvernement, ou que celui-ci soit reporté au pouvoir lors des élections subséquentes.

Ces formes de «garantie» constitutionnelle n'ont pas été totalement fructueuses. En Europe continentale, la règle des majorités renforcées, lorsqu'on la trouvait inopportune, était le plus souvent mise de côté par les hommes politiques à l'occasion d'une innovation constitutionnelle; celle-ci, touchant le pouvoir constituant ultime, substituait *ipso facto* à l'ancienne constitution, peu commode du fait de son principe des majorités renforcées, une constitution nouvelle stipulant la majorité absolue. En République sud-africaine, les règles de majorités renforcées prévues par les clauses de «garantie constitutionnelle» ont sans doute résisté aux attaques politiques directes pendant des années (*Harris c. le Ministre de l'Intérieur*, 1952, 2 S.A.L.R. 428 (A.D.)); le *Ministre de l'Intérieur c. Harris*, 1952, 4 S.A.L.R. 769 (A.D.)); mais, elles n'ont guère tenu devant les coups politiques indirects et les assauts du gouvernement par des voies détournées (*Collins c. le Ministre de l'Intérieur*, 1957, 1 S.A.L.R. 552 (A.D.)). On trouvera une analyse détaillée sur ce sujet dans la *Judicial Review* (4^e édition, 1969, pp. 96-108 et 190-199), qui contient en outre l'historique des «garanties constitutionnelles» du *South Africa Act*. Dans l'exemple de la Nouvelle-Galles du Sud, subordonner l'abolition de la chambre haute à une approbation majoritaire par référendum équivalait à se prémunir contre tout changement, étant donné l'habitude bien connue chez les Australiens de répondre

négativement lors d'une consultation directe de la population. Cette disposition constitutionnelle a été maintenue en 1932 par un jugement du Conseil privé dans l'affaire *Attorney-General of New South Wales c. Trethowan*, 47 C.L.R. 97 (1931), où la souveraineté du parlement avait été invoquée contre elle; toutefois, elle tient elle-même à des dispositions particulières (qui s'appliquent à la Nouvelle-Galles du Sud, en tant qu'entité législative coloniale relevant de l'Empire britannique) du *Colonial Laws Validity Act* de 1865, loi de l'Empire britannique; c'est pourquoi ce précédent constitutionnel ne saurait valoir dans le cas du Canada et du Québec (Voir *Court, Legislature and Executive and the limits of the Judicial Process: Trethowan's case and the New Wales Constitutional Crisis of 1931-2 reconsidered*, 2 *McGill Law Journal*, 1955, p. 32).

Est-ce qu'au Québec l'Assemblée nationale pourrait subordonner toute modification ou révocation d'une formule linguistique éventuelle à telles procédures ou à l'approbation en chambre par telle majorité, en escomptant que les majorités subséquentes les accepteraient et s'y soumettraient? Évidemment, le régime constitutionnel est de caractère «anglo-saxon» pour le moment. Ce qui en résulte est clair, en théorie constitutionnelle. Le corps législatif de la province n'est régi que par les dispositions de l'A.A.N.B. quant au partage des compétences entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux et par les garanties des articles 93 et 133 de cette loi; il possède donc pleine compétence et entière souveraineté au même titre que le Parlement britannique: toute règle de majorité renforcée posée comme condition d'intervention dans n'importe quel domaine relèverait donc, comme en Grande-Bretagne, de la doctrine de la souveraineté du parlement; elle serait susceptible par conséquent d'une modification ou d'une révocation directes par majorité absolue, de même que d'une modification ou d'une révocation indirectes par une législation ultérieure contraire adoptée également à la majorité absolue. Cela, répétons-le, est du domaine de la théorie constitutionnelle, et plus particulièrement de la théorie constitutionnelle anglo-saxonne ayant cours au Canada et au Québec jusqu'ici. La *Déclaration des droits* dite de Diefenbaker, adoptée en 1960 comme loi ordinaire, c'est-à-dire non revêtue d'un caractère constitutionnel, a fait l'objet pour cette raison de beaucoup de dédain et de scepticisme de la part des spécialistes en la matière; toutefois, elle montre peut-être comment une loi ordinaire, sujette

aux règles ordinaires de l'interprétation, peut acquérir du prestige du fait de sa valeur intrinsèque, de l'universalité et de la sagesse de ses dispositions de fond, et comment ces qualités l'élèvent au-dessus de toute possibilité de modification ou d'abrogation inopinées, directes ou indirectes. Si, par exemple, l'assemblée québécoise devait adopter une déclaration des droits par une loi ordinaire, et sans qu'on prétende imposer des règles de majorité renforcées pour sa modification ou son abrogation, le succès et la considération acquis à la *Déclaration fédérale des droits* laisseraient présager une réussite analogue si on recourait à des moyens institutionnels semblables; cela suppose bien entendu que les dispositions de fond de la loi québécoise feraient l'objet du même accueil et de la même approbation au Québec, et c'est là un point essentiel; il ne faudrait pas qu'elle reflète une majorité accessoire et transitoire, à l'assemblée québécoise.

b) Intérêts garantis par la constitution. — Déclaration des droits

Ainsi qu'il ressort des rapports remis à la Commission par le juge Leibholz et par M. Ganshof van der Meersch, il n'y a pas d'absolu quant aux mécanismes institutionnels propres à assurer des garanties constitutionnelles. Certains systèmes juridiques, notamment ceux de droit civil d'Europe continentale et ceux des pays non européens qui tiennent d'eux leur régime juridique, marquent une préférence pour la déclaration constitutionnelle des droits renfermant une énumération de principes essentiellement abstraits et aprioristes. Les spécialistes anglais du droit constitutionnel, à l'exemple de Dicey, ont toujours témoigné du mépris pour pareilles déclarations, n'y voyant que des garanties de forme; pour eux, le degré de protection qu'elles offrent effectivement est inversement proportionnel à leur qualité rhétorique. D'une manière générale, c'est dans l'Europe continentale de l'entre-deux-guerres que ces déclarations grandiloquentes ont connu la plus grande faveur. Mais lorsque les crises politiques se sont produites, ces déclarations des droits n'ont rien valu contre les intransigeances d'extrême gauche ou d'extrême droite. Après la Seconde Guerre mondiale, les auteurs ouest-européens de constitutions, cherchant à mettre à profit les erreurs les plus patentes de leurs prédécesseurs immédiats, et à se montrer plus pragmatiques que rhéteurs, ont tendu vers des constitutions normatives, selon les termes de

Karl Loewenstein, plutôt que simplement formelles. Elles ont mis leur confiance dans des restrictions et des contrepoids institutionnalisés, ainsi que dans l'équilibre des forces au sein du régime constitutionnel, plutôt que dans des déclarations abstraites.

Dans l'Empire et le Commonwealth britanniques, les régimes constitutionnels d'origine anglaise, notamment ceux du Canada, de l'Australie et de la République sud-africaine, généralement conformes à leur modèle sur ce point, ne renferment pas de déclaration des droits, mais un tout petit nombre de garanties constitutionnelles du type des articles 93 et 133 de l'A.A.N.B. Par contre, les pays issus du Commonwealth après la Seconde Guerre mondiale, — les fédérations de l'Inde, du Pakistan et du Nigeria, par exemple, — ont eu tendance à incorporer des déclarations de droits très poussées dans leurs chartes constitutionnelles; elles portaient sur les droits politiques et civils, au sens classique, et très souvent aussi sur les droits sociaux et économiques. Toutefois, la constitution d'un seul de ces pays, soit l'Inde, a survécu aux tempêtes politiques qui ont suivi la décolonisation et l'accession à l'indépendance; les autres ont connu un sort rappelant celui du régime de Weimar dans l'Allemagne d'après la Première Guerre mondiale; une fois la crise déclenchée, les chartes constitutionnelles n'ont pu enrayer la marche des événements politiques.

L'évolution constitutionnelle des États-Unis a tempéré le côté absolu de l'enseignement «anglo-saxon» voulant que le meilleur moyen de protéger les minorités réside dans une morale et une doctrine politique de modération chez les majorités législatives, plutôt que dans les déclarations constitutionnelles abstraites. Le *Bill of Rights* de la constitution américaine a permis, — étant fondé, il faut dire, sur une base très empirique et pragmatique, — de faire de la pratique constitutionnelle anglaise des XVII^e et XVIII^e siècles des règles constitutionnelles applicables à la vie politique. Par contre, il y a eu des effets moins heureux, et sans aucun doute beaucoup plus lents, en ce qui concerne la mise en œuvre, après la guerre civile, des garanties d'égalité entre groupes ethniques et devant la loi; la plupart des historiens des constitutions considéreraient comme rétrograde la protection des intérêts économiques aux États-Unis, celle-ci reposant essentiellement sur une doctrine de «laisser-faire» insérée dans la constitution, mais rejetée depuis longtemps par le corps électoral.

Outre les différences d'attitudes que comportent les divers régimes de droit quant aux mécanismes institutionnels les plus propres à assurer des garanties constitutionnelles, on note des écarts entre les préférences des auteurs de constitutions, nationaux ou internationaux, selon les époques.

c) Les traités

En Europe continentale, entre les deux guerres, les auteurs de constitutions nationales ont généralement montré un penchant pour les déclarations de droits; sur le plan international, on a plutôt cherché à protéger les intérêts des minorités par des traités, qui étaient bilatéraux et de portée restreinte, ou multilatéraux et de portée générale, tel le traité de Versailles en 1919. Le juge Leibholz a fait un exposé complet sur ce sujet, notamment en ce qui concerne la question germano-polonaise; il a indiqué à quoi tenait l'insuccès de la conception institutionnelle. Il ne semble pas, d'autre part, que les moyens employés après la Seconde Guerre mondiale pour garantir les intérêts des minorités — soit les traités multilatéraux et les déclarations universelles de droit — aient été plus fructueux, du moins sur le terrain des réalités concrètes du «droit vivant». L'extraordinaire diversité des valeurs fondamentales et des idéologies dans la communauté internationale d'aujourd'hui explique que pour se mettre d'accord sur un traité il faut presque fatalement se contenter d'un texte très général et abstrait. On conçoit donc la tendance à une sorte de simplisme consistant surtout en énoncés rhétoriques, en grands principes moraux offrant peu de rapport avec la situation quotidienne qui règne dans la multitude des pays signataires.

Par contre, dans les pays raisonnablement homogènes sur le plan des valeurs politiques et sociales importantes, le recours aux traités pour la protection des intérêts constitutionnels a donné de meilleurs résultats. Ainsi les pays d'Europe occidentale ont fait œuvre utile en se dotant d'une déclaration européenne des droits de l'homme conforme à leurs valeurs fondamentales; citons aussi le mécanisme institutionnel qu'ils ont mis sur pied et qui repose largement sur le principe de l'action facultative et incitative. Il n'y aurait donc pas d'écart fatal entre les règles de droit et leur application, pourvu que les auteurs de constitutions

demeurent modestes et s'emploient à serrer de près les réalités politiques essentielles de la société.

Aucun des précédents internationaux n'est tout à fait pertinent en ce qui concerne les problèmes actuels à résoudre et les garanties constitutionnelles à établir dans une province qui, telle le Québec, fait partie d'une fédération. Or, comme nous l'avons écrit plus haut, le droit international, pour ce qui est de la théorie dualiste reçue en droit canadien et en droit québécois, est distinct, c'est-à-dire extérieur à ces systèmes juridiques. Toutefois, les mesures de droit international adoptées entre les deux guerres ou depuis 1945 montreraient que les déclarations constitutionnelles trop générales et trop formelles n'ont guère d'utilité, et qu'il vaudrait mieux envisager des textes reflétant de plus près l'ensemble des intérêts de la société québécoise d'aujourd'hui, ainsi que leur interaction et leurs oppositions.

d) Représentation politique des minorités nationales. **-Le scrutin de liste d'Europe continentale**

Les spécialistes du droit international consultés par la Commission ont mis en lumière dans leurs études un élément intéressant, mais étranger à la terminologie juridique anglo-saxonne. Un système de représentation directe des minorités nationales ou ethno-culturelles dans les principaux corps législatifs peut parfois apporter à ces groupes des garanties utiles que ne leur fournirait pas une déclaration constitutionnelle des droits; c'est qu'il peut mieux assurer l'équilibre des forces politiques dans ces domaines. Pour le Canada et pour le Québec, sans doute, le système des circonscriptions ou des collèges électoraux distincts dont le juge Leibholz décrit le fonctionnement en Europe continentale apparaîtrait comme révolutionnaire; néanmoins, si le *scrutin de liste*, qui est très répandu en Europe, remplaçait ou complétait le système des comtés à base géographique en vigueur au Canada et au Québec, il y assurerait une composition des corps législatifs plus représentative, du point de vue national et ethno-culturel. Il s'agit ici tout d'abord de protéger les minorités par un équilibre des forces exigeant une réforme du système électoral plutôt que par des déclarations formelles des droits qui revêtiraient un caractère constitutionnel. Cette orientation supposerait, au Québec, une certaine innovation consti-

tutionnelle; il faudrait s'écarter des modèles électoraux anglo-saxons où l'on se contente d'une minorité relative des voix dans chaque circonscription, et opter pour un système électoral plus représentatif, c'est-à-dire à caractère proportionnel.

e) Le Québec peut-il tirer parti des exemples étrangers?

Conformément à son programme de travail, la Commission a demandé à des juristes étrangers des avis sur le champ où pouvaient s'exercer les options faisant l'objet de son mandat, ainsi que sur les modalités constitutionnelles ou juridiques, au sens le plus large, de l'exercice de ces options.

A certains égards, l'opinion de grands spécialistes de l'extérieur, étrangers aux impératifs immédiats de la vie politique canadienne, peut contribuer à «désidéologiser» ou du moins à démystifier certaines revendications qui, lors de leur présentation à la Commission par des particuliers ou des groupes de pression, ont semblé lourdes d'affectivité et d'appréciations sectaires au détriment de tout contenu objectif. Ici s'impose tout spécialement l'étude de M. Carl Friedrich sur le concept des «droits acquis»; on lui doit aussi d'avoir rappelé fort à propos, à la lumière de l'expérience du fédéralisme à l'étranger, le fait que:

«... l'idée qu'un système fédéral doit assurer le même rapport entre le centre fédéral et toutes les parties composantes n'est étayée ni par la logique ni par l'histoire. L'avantage d'une constitution fédérale tient justement à ce qu'elle peut modifier aisément la nature du lien fédéral».

Mettre à profit l'expérience étrangère peut aussi compenser le manque de compétence juridique au Canada et au Québec dans les domaines visés par le mandat de la Commission et en outre aider à élargir la perception du problème et des diverses solutions à envisager. L'étude de M. Harold Lasswell sur le rôle des «élites» et leur mode de formation a confirmé un fait qui avait été signalé au cours des séances de la Commission, soit que le problème fondamental du Québec n'est pas uniquement d'ordre linguistique, mais tient aussi aux pressions qu'exercent les Canadiens français pour obtenir une plus grande mobilité dans les hiérarchies sociales et économiques, ainsi que des pos-

sibilités d'accès aux postes clés de l'économie. En l'occurrence, M. Lasswell nous fournit un élément supplémentaire de compréhension dans ses observations incisives sur l'aptitude ou l'inaptitude des «élites établies» à résoudre les problèmes; de plus, il montre comment, par leur arrogance ou leur incompétence, elles laissent la situation politique se détériorer au point où «elle devient une source de provocation et cesse d'être maîtrisable». La fonction consistant à résoudre les difficultés, note M. Lasswell, exige qu'on «accorde de l'attention à tout sujet de conflit tout en dissipant l'amplification symbolique»; implicitement, c'est demander pourquoi, au Québec, un «establishment» social et économique essentiellement anglo-saxon, et en possession de toutes sortes de moyens pour résoudre les difficultés, n'a pas su percevoir correctement ou à temps les avertissements politiques et a laissé la situation évoluer jusqu'à la crise.

Le juge Leibholz et M. Ganshof van der Meersch, quant à eux, ont analysé des cas concrets qui s'étaient produits en Europe continentale à diverses époques et en divers pays; ils ont étudié les diverses solutions institutionnelles apportées aux conflits ethniques et linguistiques et ont observé les équilibres établis entre les intérêts des majorités et ceux des minorités. L'étude du juge Leibholz, qui s'appuie sur l'histoire, montre le danger de toute démarche simpliste et legaliste accordant une trop grande confiance dans les déclarations abstraites, dans les formules constitutionnelles ou dans des dispositifs institutionnels ne se rattachant pas assez aux faits sociaux dont ils sont censés tenir compte. Il fait état des grandes espérances, suivies de déceptions, qu'ont suscitées en Europe des panacées telles que les déclarations solennelles des États à la Société des Nations; il mentionne aussi les traités internationaux, bilatéraux ou multilatéraux, ayant pour objet de protéger les minorités. Par contre, le juge Leibholz a consacré un «*excursus*» à la convention — née de la situation complexe des sociétés multiethniques «difficiles» de l'Europe centrale antérieures à la Première Guerre mondiale — garantissant les intérêts et les revendications des minorités par l'acceptation du principe de l'«autoadministration», notamment dans les affaires sociales et scolaires (domaine ethnique) et par une refonte des lois électorales fondée sur le «principe de personnalité» pour la représentation politique; ce travail peut être d'une utilité et d'un intérêt tout particuliers pour une société «difficile» comme celle du Québec puisqu'il transcende les

modèles et les stéréotypes anglo-saxons étroits et limités (Empire et Commonwealth britanniques), lesquels furent élaborés principalement pour la société tranquille du temps de l'Empire britannique à son apogée, c'est-à-dire bien avant les affres de la décolonisation, de l'indépendance et de l'autodétermination.

M. Ganshof van der Meersch, dans son étude, a mis en parallèle deux méthodes radicalement différentes, voire opposées, auxquelles la Belgique a eu recours pour résoudre la question ethno-linguistique; celle du «principe de personnalité» pour la détermination du caractère linguistique, qui avait été le fruit d'un accord politique et avait abouti à une législation positive en 1932; celle du «principe de territorialité» reposant sur des circonscriptions linguistiques fixes et immuables (*cujus regio, ejus lingua*) et insérée dans le «compromis constitutionnel» de 1962-1963 qui a été adopté après que les arrangements de 1932 se furent révélés infructueux; celui-ci doit être considéré comme une véritable condition de survivance pour l'État belge, sa violation unilatérale pouvant entraîner la rupture. L'auteur de l'étude a en outre observé l'application du principe de territorialité dans les cantons unilingues de la Confédération suisse. Si des principes de cette nature, pour se traduire dans le comportement collectif, doivent faire l'objet de dispositions institutionnelles et constitutionnelles, les travaux de M. Ganshof van der Meersch revêtent un intérêt tout spécial; l'auteur y étudie l'institutionnalisation du compromis de 1962-1963 et le principe de territorialité sous l'angle du dédoublement ethno-linguistique des principales institutions du gouvernement central; il s'agissait d'établir l'équilibre entre les deux communautés au sein de ce gouvernement, notamment selon les termes des amendements constitutionnels de 1970 et 1971 (Voir P. Wigny, *La troisième révision de la Constitution*, 1972).

Les Commissaires estiment que le Québec, étant donné le caractère *sui generis* de ses problèmes, doit se sentir libre d'élaborer des solutions institutionnelles et constitutionnelles originales, et inventer, au besoin, ses propres formules gouvernementales et administratives, sans trop de déférence pour les précédents constitutionnels extérieurs, — canadiens ou étrangers. Toutefois, et dans la mesure où les politiques fédérales en matière de langue ont des répercussions ou même un effet déterminant sur l'élaboration ou la mise en œuvre de celles qui se-

raient propres au Québec, on peut se demander si la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, qui a nettement opté pour le principe de personnalité, n'aurait qu'effleuré le dossier de l'insuccès essuyé par la Belgique dans l'application de ce principe; elle aurait fait de même quant au choix du principe de territorialité par la Belgique en 1962-1963 comme moyen plus efficace pour aplanir les conflits ethno-linguistiques dans une société complexe. Notons ici qu'en vertu du principe de territorialité, adopté à l'occasion du compromis de 1962-1963, la Belgique d'aujourd'hui est divisée en deux zones unilingues, — l'une de langue flamande et l'autre de langue française, — et un district bilingue pour Bruxelles, la capitale; de plus, il y a dédoublement ethno-linguistique dans les principaux services d'administration et organes de décision politique de l'État. Appliqué au Canada, le principe de territorialité entraînerait soit un compromis politique à l'échelon fédéral soit la création de deux zones unilingues: l'une, anglophone, engloberait les neuf provinces de langue anglaise; l'autre, francophone, correspondrait au Québec actuel. D'autre part, le principe de territorialité appliqué à l'échelon provincial, ou plus particulièrement au Québec, supposerait sans doute, s'il s'inspirait étroitement du modèle belge actuel, la proclamation du français comme langue unique de la province, avec une exception pour Montréal qui serait constitué en district bilingue à la façon de Bruxelles.

8. Résumé du rapport sur les droits linguistiques

Les principales conclusions du rapport se résument ainsi:

- i) L'assemblée du Québec possède les pouvoirs souverains nécessaires pour instaurer par des mesures législatives toute politique linguistique qu'elle jugerait conforme à l'intérêt public, sous réserve qu'elle respecte les domaines de compétence d'attribution strictement fédérale en vertu des articles 91 et 92 de l'*A.A.N.B.*, ainsi que les garanties constitutionnelles très étroites prévues par les articles 93 et 133 de cette loi.
- ii) Les limitations créées par les articles 91 et 92 de l'*A.A.N.B.* peuvent obliger le Québec à rédiger ses lois avec beaucoup

de soin pour éviter toute incompatibilité avec les pouvoirs fédéraux, mais elles n'ont pas trop de conséquence et ne devraient pas entraîner de conflit, sauf dans des cas marginaux. Les domaines auxquels s'appliquerait vraisemblablement toute politique linguistique provinciale, — qu'il s'agisse de la représentation politique, du commerce, de l'industrie ou de l'enseignement, — sont tous de caractère provincial; ils ressortissent donc à l'autorité législative du Québec.

- iii) Les matières visées par la garantie constitutionnelle créée par l'article 133 de l'*A.A.N.B.* sont limitées; elles ne devraient donc pas faire gravement obstacle à une politique linguistique générale, quelle qu'elle soit. (Selon certaines opinions constitutionnelles, les limitations prévues par l'article 133 pourraient être abolies par le Québec, de sa propre initiative, par une simple majorité de voix à l'Assemblée nationale).
- iv) Les limitations au pouvoir législatif du Québec constituées par l'article 93 de l'*A.A.N.B.* concernent la religion, mais non la langue; le Québec a donc pleine compétence pour légiférer en matière d'enseignement, pourvu qu'il ne soit pas porté atteinte aux intérêts religieux (catholiques et protestants) spécifiés dans l'article 93. Dans ce domaine, non plus que dans les autres, il n'existe aucune doctrine constitutionnelle des «droits acquis», des «droits coutumiers» ou des «droits des groupes», en droit canadien ou québécois.
- v) D'après la jurisprudence constitutionnelle canadienne, créée d'autorité et formulée par le Conseil privé ou par la Cour suprême du Canada pour des affaires qui, toutes, originaient des provinces anglophones, — le Québec, s'il le jugeait à propos, pourrait probablement établir une différenciation constitutionnelle entre les citoyens canadiens de naissance domiciliés au Québec et les citoyens naturalisés et, à plus forte raison, entre les premiers et les étrangers non naturalisés, en ce qui concerne la mise en œuvre d'une politique linguistique. D'après la jurisprudence, cette distinction serait sûrement possible dans l'industrie et l'emploi, et sans doute dans l'enseignement. Même si la jurisprudence à laquelle nous nous sommes référés vaut toujours, elle est quand même un peu ancienne; elle re-

flète une époque révolue de l'histoire constitutionnelle du Canada, soit celle des provinces anglophones de l'Ouest à l'étape de la colonisation, pour ainsi dire. Les décisions constitutionnelles qui ont fait autorité semblent difficilement conciliables avec les tendances historiques à long terme qui se manifestent aujourd'hui dans le droit canadien et québécois.

- vi) La mise en œuvre d'une politique linguistique québécoise dans les domaines du commerce, de l'industrie et du travail ne pose peut-être pas de difficulté de principe sous l'angle constitutionnel, mais il pourrait bien en être autrement dans la réalité concrète, faute de précédents ou de modèles juridiques, canadiens ou étrangers, dont on puisse s'inspirer dans l'immédiat; c'est aussi que toute mesure juridique positive se heurterait probablement à des résistances sociales plus fortes en ce domaine qu'ailleurs encore. Aussi conviendrait-il d'éviter ou de n'utiliser que très modérément la coercition et les sanctions pour ce qui est de la langue du travail, et d'opter plutôt pour des mesures indicatives ou facultatives. Ou encore, si les dirigeants politiques sont bien résolus à recourir à des mesures législatives, il faudrait mettre une bonne somme des ressources intellectuelles et matérielles au service de cette action, c'est-à-dire beaucoup plus qu'on ne le fait habituellement. Peut-être enfin y aurait-il avantage à choisir d'autres domaines comme plus favorables que le commerce, l'industrie et l'emploi pour l'application d'une politique linguistique générale, et à leur attribuer sous ce rapport une plus haute cote de priorité; à titre d'exemple, nous indiquerons l'adoption d'une politique générale en matière de langue «officielle» ou «nationale», dont les effets, bien entendu, se feraient sentir sur le commerce, l'industrie et l'emploi, entre autres.
- vii) Il est douteux que le Québec puisse assortir d'une garantie constitutionnelle la politique linguistique qu'il adopterait finalement; toutefois, l'exemple fédéral de la *Déclaration des droits* incite à croire qu'une mesure constitutionnelle qui reçoit l'approbation générale ou entière de la collectivité, ou qui correspond étroitement au sentiment le plus répandu, pourrait bénéficier d'une sorte de consécration psychologique et sociale dont l'effet serait analogue

à celui d'une garantie constitutionnelle. Tel serait peut-être le cas d'une déclaration québécoise des droits qui préserverait l'ensemble des intérêts en présence dans la société québécoise d'aujourd'hui, et qui refléterait suffisamment les interactions, les conflits et les compromis dont ils font l'objet.

- viii) En matière constitutionnelle, compétence et autorité ne sont pas nécessairement synonymes de sagesse. Dans le présent rapport sur les droits linguistiques, nous nous sommes fixés comme tâche première de déterminer les principales options constitutionnelles qui s'offrent au Québec en politique linguistique, d'analyser les modalités d'application de chacune et d'indiquer les faits sociaux importants qui, du point de vue de la science sociologique du droit, pourraient limiter ou empêcher la réalisation effective des règles de droit dans la vie de la collectivité. La Commission, se fondant sur un dossier résultant de ses audiences, de ses recherches et d'études spéciales, et s'étant efforcée d'apprécier quantitativement ce qu'apporteraient et ce que coûteraient les diverses formes d'intervention orientées vers certains objectifs sociaux, a formulé les recommandations qu'on trouvera plus bas. Ainsi, on pourra, pour ainsi dire, estimer techniquement les avantages et les désavantages respectifs des programmes et politiques proposés à la Commission. Pour ce qui est du choix proprement dit entre ceux-ci, il relève des décisions politiques; il n'est donc pas compris dans l'objet du présent rapports sur les droits linguistiques.

9. Conclusions et recommandations touchant les droits linguistiques. — Observations générales

a) Confusion entre le droit tel qu'il est et tel qu'on le voudrait

Dans le présent rapport sur les droits linguistiques, la Commission s'est fixé comme impératif primordial de recherche la dis-

inction méthodologique entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'on le voudrait. C'est que très souvent, même chez des juristes, il y a confusion entre le droit tel qu'il est et des opinions ou désirs personnels quant à ce qu'il devrait être, entre le fait et la règle, entre le «*sein*» et le «*sollen*»; or, c'est là un obstacle majeur quand il s'agit de proposer une orientation juridique qui serait fondée sur une information nette et scientifique. Il est nécessaire de connaître le droit existant pour en entreprendre rationnellement la réforme ou la refonte. Aussi la Commission a-t-elle estimé nécessaire d'exposer la législation «linguistique» de l'État central et des provinces, notamment du Québec; elle a cru devoir le faire sans crainte ni équivoque, quelque étonnante et parfois désagréable que cette législation puisse sembler aux personnes et aux groupes d'intérêt, eu égard aux attitudes et aux aspirations de la collectivité.

b) L'écueil des solutions universelles

Dans ses conclusions et ses recommandations générales en matière de droits linguistiques, la Commission a également adopté pour principe d'éviter toute solution simpliste; elle devait donc s'abstenir de proposer des remèdes universels aux maux du Québec d'aujourd'hui, telle la proclamation brusque d'une ou de plus d'une langue comme la ou les langues du Québec, à toutes fins.

c) Le polycentrisme de la crise québécoise

Les Commissaires estiment que la crise que traverse le Québec est complexe, ou «polycentrique» selon la terminologie sociologique d'aujourd'hui. Certains aspects de cette crise tiennent à ce que la province ne parvient pas, même à l'échelon public ou officiel, à présenter un «visage» suffisamment français aux non-Québécois — étrangers ou Canadiens des autres provinces ou entreprises exploitées par eux au Québec. Cela expliquerait en partie que les grandes compagnies non québécoises ne se soient pas donné la peine de tenir compte davantage du «fait français» au sein de leurs entreprises et dans la société de la province. Bon nombre de ces grandes compagnies ont été lentes à adopter des politiques de recrutement et de promotion des Canadiens français aux échelons supérieurs pour leurs activités au Québec; souvent aussi elles ont négligé de prendre des mesu-

res énergiques pour faciliter ou développer l'usage du français aux divers stades de leurs opérations dans la province.

Sur ce point, la solution sociale exigerait peut-être le recours au pouvoir public dans les secteurs du commerce, de l'industrie et du travail en général. Toutefois, étant donné la bonne volonté que les Commissaires ont constatée, lors des audiences et des interviews, chez le personnel de direction des entreprises commerciales et industrielles, dont certaines multinationales ou américaines, la Commission incline à croire que l'État doit faire preuve de réserve dans l'exercice de ce pouvoir en la matière. À cet égard, nous proposons des mesures propres à consolider et à affirmer le caractère français du Québec d'une manière à la fois concrète et symbolique. Il s'agirait de faire en sorte que les entreprises commerciales et industrielles interprètent correctement les indications et réagissent de leur propre gré en mettant en œuvre les moyens voulus; ainsi l'État s'exempterait de recourir à des mesures coercitives étayées de sanctions pénales, ou réduirait cette obligation au minimum.

Notons aussi que beaucoup d'immigrants ne s'étaient pas pleinement rendu compte, à leur arrivée au Canada, de la prédominance française du Québec; cette lacune expliquerait donc la tendance chez bon nombre de ceux qui s'établissent au Québec — qu'ils viennent de pays anglophones ou non — à choisir l'anglais si possible comme principale langue d'enseignement pour leurs enfants, et à s'intégrer eux-mêmes à la minorité anglophone plutôt qu'à la majorité francophone. Les services d'immigration fédéraux, et aussi ceux du Québec à l'étranger, auraient contribué à cette situation, leur publicité et leur information ayant été insuffisantes quant aux conditions sociales du Québec, et au «fait» français, en particulier.

d) Le domaine de la langue officielle ou de la langue nationale

Tout ce qui précède fait ressortir l'importance d'une action collective dans le domaine de la langue ou des langues officielles (ou nationales), selon la terminologie des spécialistes du droit constitutionnel, pour affirmer ou consacrer le «fait» français au Québec. Le champ d'application d'une politique de langue officielle ou nationale, quelle qu'en soit la nature, est bien

plus limité que ne peuvent l'imaginer le profane ou le citoyen moyen; songeons que l'État a encore peu de prise sur le domaine privé d'antan; on peut soutenir d'autre part que conférer au «fait» français une valeur de loi, de norme linguistique «officielle» ou «nationale», pourrait non seulement avoir un effet symbolique mais en outre ouvrir la voie à des initiatives privées importantes en faveur du français dans le commerce et l'industrie; cette action législative, qui s'inspirerait des principes et de la terminologie du droit constitutionnel suisse, pourrait compléter ou même remplacer des mesures de droit public ou pénal, étayées de sanctions. En conséquence, la Commission recommande que le gouvernement du Québec, sans porter atteinte au caractère de langues «publiques» accordé à l'anglais et au français par l'article 133 de l'*A.A.N.B.* aux fins y énoncées, proclame par une loi le français *langue officielle* du Québec, d'une part, et le français et l'anglais *langues nationales*, d'autre part. La Commission recommande en outre que le gouvernement énumère les domaines où au cours de ces dernières années le français a été constitué *de facto* langue officielle ou langue nationale du Québec.

e) Le domaine du travail

D'autre part, dans le domaine du travail *stricto sensu* (c'est-à-dire dans l'industrie et le commerce et eu égard tout particulièrement à l'emploi et aux conditions de travail), les diverses propositions faites à la Commission pour que le français soit proclamé *langue de travail* de la province auraient beaucoup moins de signification, si on concevait cette mesure en fonction de sa valeur symbolique et à des fins de prestige, car le terme «langue de travail» n'a pas d'acception juridique reçue à l'heure actuelle. Évidemment, dans les domaines restreints où le français et l'anglais sont langues «publiques» du Québec en vertu de l'article 133 de l'*A.A.N.B.*, il serait raisonnable de proposer de les proclamer langues de travail. Au-delà de cette application restreinte, d'ailleurs chose faite pour ainsi dire, il serait absolument inutile de proclamer ou de créer officiellement une «langue de travail», sauf dans la mesure (et cette réserve est très importante) où cela aurait déjà été réalisé dans la pratique par l'application d'une politique de «langue de travail», notamment dans le commerce et l'industrie et aussi dans les autres milieux

de travail. Sous ce rapport, cette orientation, au Québec, aurait l'effet d'un grand principe constitutionnel découlant d'une multitude de cas particuliers où l'appareil de l'État serait intervenu pour mettre en œuvre la politique voulue de la collectivité. Elle aurait pris corps, en quelque sorte, au fur et à mesure qu'aurait été définie et justifiée l'action concrète de la collectivité dans diverses sphères du commerce, de l'industrie et du travail; cette action aurait été conçue (voir notre rapport sur la *langue de travail*) pour rendre le français plus utile et plus nécessaire dans tous les domaines du travail.

Il s'agit en l'occurrence d'une différence méthodologique fondamentale entre une conception juridique dépassée voulant qu'on stipule en termes abstraits et aprioristes quel sera l'usage en matière de «langue de travail» dans la province, et une approche résolument positive fondée sur la délimitation précise et concrète des sphères d'activité commerciale et industrielle de la province se prêtant à une action de l'État pour faire appliquer, par incitation ou par coercition au besoin, la politique du Québec touchant l'utilisation d'une langue de travail prioritaire. En ce sens, si le Québec devait, sous l'angle du droit constitutionnel comparé et de la science juridique en général, innover par une législation tendant à établir une réglementation officielle de la «langue de travail» non seulement pour la fonction publique provinciale et pour les collectivités relevant de l'État provincial (municipalités, organismes quasi publics, etc.), mais aussi pour les domaines traditionnellement privés du commerce et de l'industrie, alors une approche essentiellement empirique et orientée vers la solution des problèmes devrait assurer tous les avantages de pragmatisme et compenser l'absence de précédents juridiques vraiment pertinents et propres à servir de modèles.

La politique de la «langue de travail» envisagée pour le Québec fait l'objet d'un exposé détaillé dans la section du rapport consacrée à ce sujet. Notons ici cependant que la politique recommandée est de faire du français la langue des communications internes des entreprises commerciales et industrielles et des milieux de travail en général. Elle vise notamment la fonction publique provinciale, les rapports entre le gouvernement provincial et les citoyens du Québec, les communications dans tous les domaines d'activité de l'industrie, les arbitrages entre ouvriers et patrons, les contrats, les transferts de propriété, les

documents hypothécaires, l'admission dans les professions régies ou contrôlées par le gouvernement provincial ou les collectivités de son ressort, municipales ou autres. Il s'agit nécessairement en outre de l'accès aux postes clés ou de commande dans les entreprises commerciales ou industrielles faisant affaires au Québec; or, cette question embrasse celle d'une plus grande mobilité verticale des Canadiens français et de leur promotion aux postes supérieurs en nombre correspondant, d'une manière générale, à leur importance numérique dans la région de Montréal d'une part et dans le reste de la province d'autre part; ce principe demanderait, bien sûr, de la souplesse d'interprétation, car on ne saurait imposer une règle proportionnelle absolue.

f) Priorités d'application des politiques linguistiques

Les recommandations de la Commission portent, au premier chef, sur le secteur du travail (commerce, industrie, emploi, etc.); en effet, les principales mesures législatives conseillées au gouvernement québécois ont trait à ce domaine; c'est là aussi que la planification linguistique aura probablement le plus de répercussions. Quant à la proclamation du français comme *langue officielle* et du français et de l'anglais comme *langues nationales* du Québec, elle aurait surtout une valeur symbolique et de prestige qui faciliterait la mise en œuvre — par l'incitation psychologique, notamment, plutôt que par l'institution de sanctions pénales — des diverses mesures en faveur du «fait» français dans le commerce, l'industrie et les domaines connexes.

Sauf si le Québec devait s'attaquer globalement au problème linguistique et adopter des mesures destinées à s'appliquer en même temps à tous les éléments de la population, — ce qui serait très difficile étant donné les conditions politiques, sociales et économiques actuelles et compte tenu de l'état présent des connaissances scientifiques et juridiques sur les moyens institutionnels et les mécanismes techniques qui pourraient servir à la mise en œuvre de politiques de cet ordre souhaitées par la collectivité — nous devons vraiment établir des domaines prioritaires pour l'application d'une politique linguistique. Une action positive dans un ou plusieurs grands domaines, par exemple, celui de la langue de travail ou celui de la langue officielle (ou na-

tionale), semblerait de nature à atténuer les revendications en d'autres domaines, — du moins jusqu'à ce que les mesures proposées dans les deux premiers domaines aient été éprouvées et se soient révélées improductives. D'après le principe d'un usage mesuré du pouvoir public, une attitude attentiste dans les autres domaines semblerait indiquée; toutefois, pour ces domaines, la totalité des options doit être tenue en réserve au cas où, après un laps de temps à stipuler au préalable, il serait démontré que le «fait» français est toujours en péril et que la crise générale n'a pas été résolue.

C'est pourquoi la Commission a été modeste dans la recommandation de mesures publiques à portée immédiate en matière d'enseignement et d'intégration des immigrants. Les Commissaires ont cherché à faire du temps un allié; ils voulaient d'abord voir si les objectifs linguistiques ultimes du Québec ne pourraient pas être pleinement réalisés dans les domaines se prêtant le mieux, semblait-il, à une application vigoureuse des politiques adoptées, soit ceux de la langue de travail et de la langue officielle (nationale), ce qui permettrait une économie considérable des ressources intellectuelles et matérielles de la communauté.

g) Enseignement

Les Commissaires estiment que dorénavant les élèves des écoles anglophones du Québec devront être tenus d'acquérir une connaissance sûre du français, celle-ci leur étant à peu près indispensable pour percevoir la réalité fondamentale du «fait» français dans le milieu où ils vivent. Les Commissaires sont également d'avis que les élèves des écoles francophones devront être soumis à la même obligation en ce qui concerne l'anglais; sans cela ils seraient voués plus tard à un grave désavantage dans le monde commercial anglo-saxon de l'Amérique du Nord, dont le Québec, tout compte fait, ne forme qu'une petite partie; ils ne seraient pas non plus en excellente position pour profiter des résultats à escompter des vives pressions qu'exerce la population québécoise pour obtenir aux Canadiens français une plus grande mobilité verticale dans le commerce et l'industrie et pour que ceux-ci y soient promus aux postes de commande dans une proportion plus équitable. La Commission recommande en outre au gouvernement québécois de fournir dans des délais raisonnables

au système scolaire provincial les moyens d'atteindre cet objectif. On avait aussi un peu le sentiment, à la Commission, que ce double objectif pourrait à longue échéance être mieux réalisé par un système scolaire unifié dont le programme général serait établi sur une base de bilinguisme. À courte échéance, bien sûr, les ressources de la collectivité québécoise n'y suffiraient pas. Ce système scolaire intégré devrait aussi, avec le temps, venir à bout de la fragmentation et de la désunion qui tendent à se perpétuer dans la dualité actuelle, que les écoles et les écoliers soient ou non séparés selon la langue, la religion, l'appartenance ethnique ou la race.

Pour le moment, la Commission ne propose pas de changement de fond au système scolaire. Du point de vue de son mandat, elle conçoit les mesures d'ordre linguistique dans l'enseignement non comme des fins en soi, mais comme un choix de moyens, dont certains se complètent, s'excluent ou s'opposent, au service d'une politique linguistique. L'intervention qu'elle recommande en matière de langue de travail ou de langue officielle (ou nationale) ne devrait-elle pas faire l'objet d'un essai loyal par la collectivité?

Nous n'entendons nullement, par là, mettre en cause le droit pour le gouvernement du Québec d'adopter en temps voulu des mesures propres à modifier le caractère linguistique de l'enseignement dispensé par les écoles publiques de la province; son pouvoir à cet égard est complet et sans réserve. La Commission estime que si, d'après une appréciation objective et scientifique, les interventions dans les deux domaines susmentionnés n'ont pas donné, au terme d'une période à définir — de trois à cinq ans par exemple — les résultats escomptés, voire prédits avec confiance, le gouvernement provincial n'aura plus qu'à légiférer relativement au système scolaire de manière à consolider et à développer le caractère français du Québec. Il se pourrait qu'en s'engageant dans cette voie l'Assemblée nationale en vienne à réexaminer la faculté que certains immigrants prétendent avoir de choisir entre l'école francophone et l'école anglophone pour l'instruction de leurs enfants. Précisons qu'en termes juridiques et constitutionnels et d'après l'analyse hohfeldienne, il n'y a là, en fait, ni «droit», ni «droit acquis», mais bel et bien un «privilege» susceptible de restriction, de limitation et d'abolition par le corps législatif du Qué-

bec, si celui-ci jugeait telle mesure appropriée ou nécessaire à l'intérêt public.

h) Étrangers et naturalisés

La question des étrangers et des naturalisés qui s'établissent au Québec soulève d'abord une donnée juridique ayant cours dans la communauté des nations contemporaines, soit celle du droit international reposant sur la notion de souveraineté des États. C'est un principe élémentaire qu'un État n'est pas tenu d'accueillir des étrangers sur son territoire. Et s'il juge bon de le faire, il peut y mettre les conditions qu'il considère comme conformes aux intérêts nationaux. De même un État peut expulser des étrangers dont la présence lui apparaît comme peu souhaitable. Ce ne sont là que des attributs de la souveraineté en droit international. Presque tous les États, et notamment le Canada, soumettent l'immigration à diverses règles qui peuvent être énoncées formellement dans leurs lois en la matière ou encore relever simplement de la pratique administrative. En droit, l'immigré doit accepter le pays d'accueil comme il est, notamment les prescriptions ou réglementations particulières établies par des provinces ou d'autres divisions d'un État-nation complexe ou fédéral; toutefois, ces prescriptions et réglementations ne doivent pas outrepasser, d'après le droit constitutionnel interne, les pouvoirs de la province ou de la division territoriale en cause. Au Canada, l'entière compétence législative du Québec ne fait aucun doute, sous réserve des faibles limitations posées dans l'article 133 de l'*A.A.N.B.*, quant à la promulgation de règles d'ordre linguistique d'intérêt public et leur application aux immigrés, si la province le juge opportun. Politiquement, le sujet qui ne voudrait pas accepter ces règles à l'arrivée ou antérieurement aurait toujours la liberté d'aller s'établir dans un autre pays; de plus, comme il n'existe entre les provinces ni frontières proprement dites, ni restrictions aux déplacements de l'une à l'autre, il lui serait loisible de s'établir dans une province dont la réglementation linguistique lui conviendrait mieux, à supposer que son admission au Canada soit chose faite. Sous l'angle juridique, il est manifeste que le Québec a le pouvoir d'établir une réglementation linguistique applicable aux immigrés qui se fixent dans son territoire; il en est incontestablement de même quant aux réglementations particulières qui seraient adoptées après

l'arrivée de l'immigrant. Pour ce qui est de la théorie des «droits acquis» (voir *supra*, chapitre 4(e), elle est étrangère au droit canadien, tant fédéral que provincial: le Québec, dans les limites des pouvoirs constitutionnels découlant de l'*A.A.N.B.*, est pleinement apte à adopter des prescriptions linguistiques touchant les services provinciaux et municipaux, le commerce, l'industrie et l'enseignement, par exemple, et de les appliquer aux immigrants qui se seraient fixés dans son territoire avant l'entrée en vigueur de ces prescriptions. Comme il ressort de notre analyse des décisions prises au cours des années par les plus hautes cours du Canada et de l'Empire dans des affaires canadiennes concernant des étrangers et des naturalisés (voir chapitre 5(h), le Québec aurait aussi le pouvoir d'instituer des réglementations linguistiques particulières applicables aux citoyens naturalisés établis dans son territoire.

Jusqu'ici nous nous sommes intéressés abstraitement aux questions de pouvoirs législatifs et gouvernementaux par rapport aux étrangers et aux naturalisés qui élaient domicile au Québec. Envisageant les recommandations à formuler sur la mise en œuvre d'une politique en ce domaine, nous croyons, comme pour l'enseignement, que le succès de la politique concernant la langue de travail et la langue officielle (nationale) pourrait épargner à la collectivité des mesures spéciales qui, appliquées en particulier aux immigrants, seraient de nature à entraîner des classifications et des distinctions mesquines et arbitraires; or celles-ci, bien qu'on les trouve dans la jurisprudence des provinces anglophones en remontant assez loin dans le passé, semblent incompatibles avec l'évolution et les aspirations à long terme du peuple québécois. C'est pourquoi la Commission ne recommande pas pour le moment de modifications de fond au statut juridique des étrangers et des naturalisés, sauf si elles se rattachent par nécessité et voie indirecte à l'institution du français comme *langue officielle* du Québec, ainsi que du français et de l'anglais comme *langues nationales* du Québec; cette mesure, estimons-nous, signifierait sans équivoque le caractère français de la vie québécoise à tous ceux qui voudraient à l'avenir se fixer au Québec. Il y aurait peut-être un autre changement à envisager, à titre exceptionnel, soit celui qu'impliquerait la suggestion que le gouvernement québécois prie le gouvernement fédéral de faire en sorte que ses agents d'immigration à l'étranger informent les candidats à l'immigration désireux de s'établir au

Québec qu'il faut au moins «se débrouiller» en français pour satisfaire aujourd'hui à une obligation politique et sociale de cette province, et que demain une connaissance approfondie du français sera probablement essentielle. En rendant compte de sa position à cet égard, la Commission tient à déclarer de nouveau que le Québec a un pouvoir absolu de légiférer en cette matière. De plus, elle estime que si, après une période à définir, soit de trois à cinq ans, les interventions qu'elle a proposées relativement à la langue de travail, à la langue officielle (ou nationale) et à l'enseignement n'avaient pas donné, d'après une vérification objective et scientifique, les résultats escomptés et prédits avec confiance, le gouvernement québécois pourrait raisonnablement en inférer qu'il ne lui reste plus qu'à légiférer en ce domaine, afin de consolider et de développer le caractère français de la province — selon les modalités notées plus haut dans la section consacrée à l'enseignement et selon des modalités connexes.

i) L'art des solutions. — Incitation modérée ou sanctions pénales?

Nos recommandations touchant les interventions publiques tendent à servir les intérêts linguistiques de la majorité francophone de la province qui, selon nous, ont été très insuffisamment promus et protégés par l'État jusqu'ici, mais elles visent en même temps à réaliser cet objectif sans porter atteinte aux intérêts de la minorité anglophone du Québec (anglo-saxonne ou non). Pour réaliser ces deux objectifs simultanément, il faut équilibrer avec beaucoup de précaution des intérêts rivaux et parfois incompatibles. Pour faire la plus grande part possible à ces différents intérêts sociaux, on doit s'en remettre à la bonne volonté de toute la population et compter que la minorité anglo-saxonne, socialement et économiquement privilégiée jusqu'ici, donnera de bonne grâce son concours pour qu'on fasse droit aux aspirations légitimes de la majorité francophone dans les mêmes domaines.

C'est en faisant fond sur la valeur et la sagesse des institutions démocratiques du Québec d'aujourd'hui que la Commission a pu s'attacher d'abord à des mesures facultatives, plutôt que de proposer le recours à une méthode sûrement plus directe (quant aux mécanismes institutionnels) et plus simple, soit celle de

mesures à base de sanctions pénales. Si la confiance de la Commission dans les mesures facultatives — qui repose sur le bon sens et la bonne volonté de la population — se révélait bien fondée et si on pouvait corriger de cette façon le déséquilibre social, politiquement dangereux, qu'on constate dans l'accès à la richesse et aux chances d'avancement pour les Canadiens français, la province s'épargnerait le recours à des mesures propres à mettre rudement à l'épreuve les ressources et le pouvoir publics et à exercer un effet politique de désunion en accroissant les tensions entre les communautés ethnoculturelles; nous évoquons ici les mesures consistant à restreindre les privilèges sociaux et économiques d'une ou de plus d'une communauté pour faire droit aux revendications de la communauté majoritaire.

j) Le piège de la codification et des garanties constitutionnelles

Étant donné cette position favorable aux moyens facultatifs plutôt qu'à la coercition, la Commission n'a pas à s'engager, pour le moment, dans un examen plus poussé de la protection constitutionnelle des intérêts de la majorité et des minorités. En effet, la voie recommandée par la Commission ne comporte pas de restrictions ou d'atteintes juridiques aux intérêts légitimes de la minorité non francophone, mais vise simplement à accorder une part plus équitable à ceux de la majorité francophone. D'après cette conception, le statut juridique de la minorité demeurera inchangé.

Pour d'autres raisons la Commission n'a pas jugé nécessaire de s'intéresser pour le moment aux garanties constitutionnelles particulières. Comme il ressort du grand débat européen du siècle dernier entre von Savigny et Thibaut sur la codification des lois, il y a des époques qui s'y prêtent dans l'histoire d'un peuple et d'autres, les plus nombreuses, qui y répugnent. Codifier les lois sous une forme constitutionnelle dans une société en rapide évolution sociale et économique et non encore accomplie historiquement, ce serait courir le risque de la figer prématurément, de la mettre pour ainsi dire dans une camisole de force, qui non seulement constituerait un obstacle absolu à d'autres changements, mais pourrait engendrer de ce fait une

tension révolutionnaire entre un droit positif statique d'une part et un milieu encore aux prises avec un dynamisme social créateur d'autre part. Mais le Commission ne pouvait pas rester indifférente aux leçons de l'histoire qu'elle a trouvées dans les études effectuées pour son compte par des spécialistes, sur l'expérience de pays étrangers en matière de garanties constitutionnelles. Un pays parvenu à une harmonisation générale des points de vue et reconnaissant comme il convient les intérêts majoritaires et minoritaires en divers domaines — une société libérale, pluraliste et démocratique telle celle de la Grande-Bretagne — n'a nullement besoin de garanties constitutionnelles, car celles-ci seraient vaines ou superflues. Par ailleurs, une population non parvenue à une unité morale aussi authentique n'a guère de chance d'y arriver par des chartes abstraites.

k) Vers un équilibre constitutionnel des forces. — Représentation proportionnelle

Bref, la Commission estime que des promesses purement verbales ne sauraient tenir lieu de l'esprit de modération évoqué par le juge Hand dans *The Spirit of Liberty*. (Dilliard, 1953), puis considéré par le juge Oliver Wendell Holmes comme garantie et fondement de la société démocratique. Pour cette raison, la Commission voudrait aussi éviter, d'une manière générale, les trompe-l'œil politiques du genre des chartes constitutionnelles abstraites et compliquées — qui se sont d'ailleurs révélées politiquement vaines et insignifiantes — que des leaders politiques d'Europe orientale ont mises de l'avant avec cynisme au lendemain du traité de Versailles signé à l'issue de la Première Guerre mondiale (voir *Les constitutions européennes*, Mirkine-Guetzévich, volumes 1 et 2, 1951), et aussi après la Seconde Guerre mondiale. Les profondes déceptions qui ont suivi nous enseignent que trop souvent de telles abstractions tendent à distraire de la tâche plus sérieuse qui consiste à équilibrer les forces au sein de l'appareil politique. En conséquence, nous nous sommes abstenus de recommander des modifications juridiques précises en ce domaine, proposant plutôt au gouvernement québécois d'étudier, en Europe continentale, les systèmes contemporains de représentation proportionnelle et les moyens dont disposent les minorités pour se faire entendre, ainsi que la manière dont les intérêts de celles-ci s'harmonisent avec les aspirations de la majorité, sans

qu'il en résulte une déperdition excessive d'énergie; enfin, comment on y assure le bien-être et la dignité humaine en un milieu démocratique et libre.

1) Crise québécoise et crise mondiale. — Esprit de modération et société québécoise

La crise québécoise, considérée sous l'angle historique et à l'échelle mondiale, n'a pas de caractère *sui generis*. Le malaise social et économique du Québec contemporain, qui est centré sur la question linguistique, a pour pendants la désaffection publique et la violence civile en d'autres pays, notamment en Irlande du Nord et aux États-Unis, où le problème des collectivités est axé sur la religion, l'appartenance ethnique ou la race. Évidemment, aucun des quatre concepts (langue, religion, appartenance ethnique et race) n'embrasse les conflits d'intérêts dans leur totalité, n'évoque la base des intérêts économiques des sociétés dont il est question. Les problèmes de ces sociétés en crise sont complexes; ils exigent donc des solutions variables par leur nature, leurs points d'incidence, leur intensité et leur durée; il faut savoir de plus que des efforts considérables dans un domaine peuvent justifier qu'on diffère, qu'on réduise ou même qu'on mette de côté telles interventions en d'autres domaines. Pour sortir de la crise actuelle, le Québec a besoin d'un certain pragmatisme et d'un certain positivisme scientifique de la part de son gouvernement; il faut aussi qu'il puisse compter sur beaucoup de bonne volonté et de modération de la part des diverses communautés qui constituent le peuple québécois.

10. Résumé des conclusions et recommandations sur les droits linguistiques

- i) La Commission recommande au gouvernement québécois de proclamer immédiatement le français *langue officielle* du Québec, et le français et l'anglais *langues nationales* du Québec — sans porter atteinte au caractère particulier de langues publiques fédérales dont jouissent censément le français et l'anglais en vertu de l'article 133 de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique* aux fins y énoncées. Ainsi

le français deviendrait la *langue officielle*, et le français et l'anglais les *langues nationales* du Québec.

- ii) La Commission recommande au gouvernement québécois de recourir à la législation, aux décrets et à la pratique administrative, ainsi qu'à des mesures publiques d'encouragement et d'incitation, pour faire du français une langue de communication utile et nécessaire dans les milieux de travail; cette action tendrait, d'une manière pragmatique et positive, à instaurer le français *langue des communications internes des milieux de travail*, puis à en faire la langue commune des Québécois. La Commission recommande en outre au gouvernement québécois de spécifier (ou de regrouper dans une loi) les cas particuliers où le français, *de facto*, a déjà été constitué *langue des communications internes des milieux de travail*.
- iii) La Commission, conformément à l'objectif consistant à faire du français, par des moyens pragmatiques et positifs, la *langue des communications internes des milieux de travail* de la province, recommande au gouvernement québécois de s'employer par des mesures publiques d'encouragement et d'incitation à assurer une plus grande mobilité verticale aux Canadiens français dans le commerce et l'industrie. Elle lui recommande en particulier de tenter par ces méthodes de leur assurer un plus grand accès aux postes de commande et de décision en ces domaines, en tenant compte — mais d'une façon ni rigide ni automatique — de la proportion des Canadiens français dans la population de la région montréalaise d'une part et du reste de la province d'autre part.
- iv) La Commission recommande au gouvernement québécois d'exiger que tous les élèves des écoles anglophones de la province acquièrent une connaissance approfondie du français, dès le plus bas âge possible, et que tous les élèves des écoles francophones acquièrent une égale connaissance de l'anglais, dès le plus bas âge possible. Elle lui recommande en outre de fournir dans des délais raisonnables, au sein du système scolaire provincial, tous les moyens d'atteindre cet objectif. Pour le moment, la Commission ne recommande pas d'autres modifications de fond au système scolaire actuel. Elle déclare toutefois reconnaître au gouvernement québécois pleins pou-

voirs de légiférer en matière de langue d'enseignement. Elle reconnaît en outre que si les mesures proposées dans les paragraphes (i), (ii) et (iii) ci-dessus ne donnaient pas, dans une période de trois à cinq ans, les résultats escomptés — d'après une vérification objective et scientifique — le gouvernement québécois pourrait raisonnablement conclure qu'il ne lui reste plus qu'à légiférer en ce domaine de façon à consolider et à développer le caractère français du Québec.

- v) Pour le moment, la Commission ne recommande pas de modifications de fond au statut juridique actuel des étrangers et des naturalisés élisant domicile au Québec. Toutefois, elle tient à exprimer l'avis que le gouvernement québécois a pouvoir absolu de légiférer en matière de langue à l'égard de ces citoyens. De plus, elle tient à préciser que si les mesures proposées dans les paragraphes (i), (ii), (iii) et (iv) ne permettaient pas d'atteindre, dans une période de trois à cinq ans, les objectifs de la collectivité — d'après une vérification objective et scientifique — le gouvernement québécois pourrait raisonnablement conclure qu'il ne lui reste plus qu'à légiférer en ce domaine, de façon à consolider et à développer le caractère français de la province.
- vi) La Commission estime que le gouvernement québécois ne doit pas s'engager pour le moment dans la voie des garanties constitutionnelles particulières, en ce qui concerne les droits linguistiques. Mais elle lui recommande d'étudier les avantages des systèmes de représentation proportionnelle (intégraux ou partiels) comme moyens d'assurer aux groupes minoritaires une plus grande possibilité de s'exprimer politiquement.

NOTE

Situation des étrangers et des naturalisés s'établissant au Québec, eu égard en particulier à l'enseignement

Les recommandations de la Commission énoncées au chapitre 10 ci-dessus, paragraphes (iv) et (v), et expliquées au chapitre 9, paragraphes (g) et (h), sont d'un caractère très positif, malgré leur aspect négatif du strict point de vue de la forme et des termes. Elles tendent de fait à la non-intervention, mais sous réserve d'un nouvel examen de la situation au terme d'une période déterminée; alors les domaines prioritaires recommandés pour l'application d'une politique linguistique pourront être revus et appréciés d'une façon scientifique en fonction des résultats pratiques obtenus grâce aux mesures qu'on aura prises pour résoudre la crise que traverse le Québec.

La Commission n'a pas estimé qu'il serait convenable, constitutionnellement, d'examiner, dans le corps même du rapport, les modalités d'application constitutionnelles et juridiques des autres options en matière de politique linguistique, advenant qu'entrent en vigueur les conditions énoncées dans la clause résolutoire dont sont assorties les recommandations du chapitre 10, paragraphes (iv) et (v). La Commission se serait alors livrée à de la haute spéculation et eût mis de l'avant des principes de planification reposant sur deux éventualités successives: si est démontré l'échec des mesures recommandées par la Commission dans les domaines prioritaires de politique linguistique qu'elle a désignés, et si, par la suite, la collectivité a conclu — à un moment ultérieur — que des mesures sont nécessaires dans les domaines visés par les re-

commandations du chapitre 10, paragraphes (iv) et (v). Il nous semble toutefois opportun et utile, du point de vue de la collectivité, d'énoncer dans une note spéciale annexée au présent rapport, certains principes limitatifs de caractère constitutionnel et juridique qui, à notre avis, devraient guider la politique québécoise dans une législation éventuelle concernant le domaine visé par les recommandations du chapitre 10, (paragraphes (iv) et (v).

- i) On ne devra pas tendre à établir de distinction ou de différenciation quant aux «éléments accessoires» ou aux «attributs» de la citoyenneté entre les citoyens canadiens déjà domiciliés au Québec et ceux qui, ayant leur domicile dans une autre province, viennent s'établir au Québec. Sous l'angle constitutionnel et juridique, ce principe n'a rien d'original; néanmoins, il nous semble utile de le poser de nouveau dans les circonstances.
- ii) On ne devra pas tendre à établir de distinction ou de différenciation quant aux «éléments accessoires» ou aux «attributs» de la citoyenneté entre Canadiens de naissance et Canadiens par naturalisation domiciliés au Québec. Ce serait, à nos yeux, chercher à établir des citoyennetés canadiennes de *première classe* et de *seconde classe* — situation qui semble contraire à l'évolution historique du droit constitutionnel québécois et aux attitudes sociales du Québec contemporain.
- iii) Quant aux étrangers établis au Québec mais non encore naturalisés, toute nouvelle ordonnance ou réglementation législative en matière d'enseignement qui pourrait être adoptée après qu'ils auront élu domicile au Québec ne devrait avoir, à notre avis, qu'une application ultérieure et non rétroactive; ces ordonnances ou cette réglementation ne devront pas s'appliquer d'une façon arbitraire telle que des enfants d'une même famille seraient traités différemment.
- iv) Si la collectivité décide plus tard de légiférer en matière d'enseignement à l'égard des étrangers immigrant au Canada et se fixant au Québec, elle devra s'abstenir de toute distinction ou différenciation entre eux quant à l'origine ethnique; en d'autres termes, toute réglementation relative à l'inscription de leurs enfants aux écoles publiques du Québec devra s'appliquer à tous, quels que soient leur origine ethnique ou leur caractère ethno-culturel. La Commission déclare reconnaître que le gouvernement québécois pourrait raisonnable-

ment conclure, à l'avenir, qu'il lui incombe de légiférer autrement qu'en conformité avec ce principe; la Commission estime toutefois qu'en l'occurrence il devrait exposer ouvertement les motifs supérieurs (la raison d'État) qui l'auront amené à cette conclusion.

Le droit jurisprudentiel et la législation du Québec, contrairement à ceux des provinces anglophones du Canada, sont remarquablement exempts de distinctions ou discriminations ethniques ou culturelles entre groupes de citoyens. Les raisons générales de ce contraste n'ont pas encore été entièrement déterminées par l'histoire sociologique du Canada. Toutefois, l'un des points importants en faveur de solutions justes et rationnelles à la crise québécoise consiste en ce que le droit positif de la province, fait réconfortant, est libre de bon nombre des catégorisations spéciales et des ordonnances de caractère ethnique ou culturel qui défigurent jusqu'à un certain point le droit positif des autres provinces. Même pour ce qui est du droit propre aux provinces anglophones traité dans le rapport principal, il convient de rappeler qu'il s'agit d'une jurisprudence plutôt ancienne; et que celle-ci peut procéder, dans une large mesure, de l'évolution aléatoire et fragmentaire qui caractérise en quelque sorte l'élaboration des principes de droit constitutionnel dans les systèmes anglo-saxons de «*common law*» inspirés du droit jurisprudentiel. Citons ici le juge Felix Frankfurter de la Cour suprême des États-Unis: «Un procès ouvre tout au plus d'étroites fenêtres sur certaines facettes d'un problème social» (*Sherrer c. Sherrer*, 334 U.S. 343, 1948, opinion dissidente). De toute façon, les provinces anglophones les plus importantes s'emploient depuis quelques années dans les domaines de leur ressort constitutionnel à faire disparaître ces anomalies de leurs systèmes juridiques.

Appendices au Livre II

Appendices to Book II



**A. Théorie juridique et droit comparé. Opinions.
Legal Theory and Comparative Law.
Opinions.**

(i) Les droits acquis

Carl J. Friedrich

(Université Harvard et Université de Heidelberg)

(i) Acquired Rights

Carl J. Friedrich

(Harvard University and University of Heidelberg)

Introduction

Under its terms of reference, dated December 9th, 1968, the above named Commission is among other things asked to inquire into "*the linguistic rights of the majority as well as the protection of the rights of the minority.*" Such rights may be customary, or constitutionally declared, or recognized in legislation and administrative/judicial practice. It is doubtful that such language rights as might exist are basically different from other rights: for they would seem to fall under the general category of the freedom of expression, *i.e.*, the right to express oneself without interference by others, notably the government. It is not the purpose of this memorandum to deal with such rights of free expression generally, or more particularly with language rights generally. It is my purpose to focus attention upon "*acquired*" rights in this field, but again not with particular reference to Québec, but rather to offer some observations on the concept and traditional handling of acquired rights and their protection or lack of it in the past history of European states, notably France.

The History of Acquired Rights

The history of acquired rights is a long and tortuous one. Such acquired rights (*jura quaesita*) played a very great role in Europe under feudalism, and continue to do so to this day. The emergence of the modern state in the sixteenth century (not its origin which extends much further back) was accompanied by widespread disregard and violation of acquired rights. The crystallization of the doctrine of sovereignty was linked to this problem of acquired rights. Jean Bodin's insistence upon the sovereign's absolute right to determine the law mean to give him the authority to modify the existing law, which included existing rights. The concession he made to established law that even the sovereign would be limited by natural law, while theoretically taking away from the sovereign what the doctrine had been intended to give — for under the natural law the sanctity of contracts,

in the broadest sense, was a mainstay — was in fact weakened by the suggestion that it was the sovereign who had the right to interpret the natural law. In order to cope with the attendant difficulties, French (and Italian) lawyers developed the doctrine of the *raison d'État* which said in effect that natural law (and generally ethics) could not stand in the way of the sovereign acting, when the survival of the state was at issue. But again the sovereign was absolute in deciding when such a threat to survival arose so that in fact it was very difficult to plead acquired right against the sovereign. It may be mentioned here that several generations later Frederick II of Prussia highlighted the issue when he submitted himself to the law, and admitted the acquired right of a miller near Potsdam whose noise in the early morning had disturbed the king. Frederick was hailed in many quarters as “*enlightened*” by thus accepting the *Rechtstat*, even when the king’s pleasure was involved. The controversy involved an acquired property right in this case, and it is important to bear in mind that the king had been fighting his aristocracy in a number of cases where acquired rights were involved which hurt other subjects of the king (fishing rights, hunting rights, etc.).

In the parliamentary tradition of Great Britain, the notion of the parliament not being able to bind future parliaments carried with it an implied abandonment of the notion of acquired rights. For whatever rights a parliament might recognize in a particular field of legislation could be voided by a later parliament. This important prerogative of the British “*king in parliament*” greatly facilitated the reform legislation of the nineteenth century, and paved the path for the nationalization of industry and other steps in the socialization of the country. The Dominions and the United States have followed in this path, even though the sanctity of property is confirmed in the Fourteenth Amendment. Such power of parliament to proceed regardless of commitments made by an earlier one must, however, be seen in the light of a basic rule of law which forbids the making of *ex post facto* laws. Often spoken of as a natural law principle, and primarily cited in conjunction with criminal law — *nulla poena sine lege* meaning that criminal laws may not be retroactive — the problem of retroactivity extends to other fields of law as well. Wherever the action of free members of the legal community might have been affected by the existence of a law, such law cannot be made retroactive, because it would violate the actor’s freedom.

Rights Acquired through De-Colonization

There has in recent years developed a fairly widespread notion that parliaments can, and indeed must, bind future parliaments where the

liberation of formerly subject peoples is concerned. In a sense this situation might be said to be different; since parliaments can and indeed must bind future parliaments in international law due to the sanctity of contracts, it might be said that actions which liberate a formerly subject people resemble international treaties, in that they apply to two distinct collective personalities, the former colonial master and the subject people. In any case, the subject people and its members acquire rights under such a statute which would appear to be inviolable, as far as the master is concerned. While it might have been helpful to be able to invoke the doctrine of *raison d'État* in some of these cases, it has not been done because of the traditional hostility in the Anglo-American legal tradition toward this doctrine. The acquired rights may actually prove a great obstacle to further development, both economically and otherwise.

A Special Case: Puerto Rico

An analogous open question is presented by Puerto Rico. The present federal bond which binds that island to the United States is embodied in a so-called "*federal relations act*" which describes itself as being "*in the nature of a compact*." This would seem to mean that the Puerto Ricans have acquired numerous rights, including that of changing their constitution, which the Congress may not restrict or abolish without their explicit consent. Quite a few members of Congress are believed not to accept any such interpretation, and to harken back to the classical doctrine that a parliament cannot bind future parliaments. While there is no likelihood that the Congress will want to alter existing arrangements without the full and explicit assent of the people of Puerto Rico, so that the rights they acquired would appear to be fairly well protected, it is controversial whether such a view would be accepted by either the Congress or the Supreme Court if certain kinds of controversy arose. When, in recent years, an agitation arose over the status of Puerto Rico, the Congress not only organized a mixed commission to look into the matter, but it authorized a political consultation of the Puerto Rican people. A referendum or *Volksbefragung* was held thereunder on the status of Puerto Rico. It showed a majority in favor of the present status, that of an associated Commonwealth of Puerto Rico. It would seem that a precedent was thus established for the proposition that the Puerto Ricans have acquired the right to self-government and that this right is inviolable by any future act of Congress. Thus sovereignty became limited by a self-abrogating act of the Congress which accepted the federal relations act "*in the nature of a compact*."

The Congress was, of course, acting as the representative of the American people, and the same can be said of the British parliament

in comparable situations. The rights acquired by consent of a sovereign people are, as Bodin held for the French sovereign in the sixteenth century, sanctified. Whether the same can be held regarding the Canadian parliament when it comes to the language rights of the majority of French-speaking Canadians in Québec might seem arguable. I myself would be inclined to argue that it does. But what about the language rights of the minority? It may be worthwhile to discuss briefly the arrangements made after the First World War concerning linguistic and cultural minorities in Europe.

European Protection of Linguistic Rights

Under the Covenant of the League of Nations, linguistic and cultural minorities were guaranteed a certain amount of protection. Minorities treaties were concluded with the states emerging from the peace treaties, notably Poland whose treaty served as a model for other such agreements. Besides general protection of human rights, members of minorities whose mother tongue differed from that of the majority were protected against any such suppression of their language as had been attempted by the Prussian and Czarist Russian governments. Poland, for example, undertook to impose no restriction upon "*the free use by any Polish national of any language in private intercourse, in commerce, in religion, in the press or in publications of any kind, or at private meetings.*" (For the texts of Minorities Treaties, see League of Nations, *Protection of Linguistic, Racial and Religious Minorities by the League of Nations*. Geneva, 1927. (C. L. 110, 1927, I, Annexe) as cited in Oscar I. Janowsky, *Nationalities and National Minorities*, 1945, a very good critical evaluation of the problem in its many ramifications). The *League of Nations* operated in fact a permanent Commission before which complaints could be lodged, but it proved no more effective than the League in general did.

To be sure, such provisions which were meant to protect the language of persons in member states of the *League of Nations* did not in fact guarantee that such provisions were respected, and they were often honored in the breach. But the very existence of these provisions acted as a brake on the more extreme tendencies, especially in the new states such as Czechoslovakia where the democratic enthusiasm of the Czech majority tended to favor oppressive policies as far as the Ruthenian, Hungarian and German-speaking minorities were concerned. In these cases, the rights were acquired by way of an international treaty, and this has to an increasing extent been the trend since then. The Soviet Union at this time also evolved its policy of linguistic tolerance toward its many minorities with distinctive languages and cultures; as long as the Communist party controlled the political system, they were quite

content to allow differences in language and culture not only to persist, but to develop. Indeed, this policy came to be one of the main arguments in support of the proposition that the Soviet Union was more democratic than some of the main countries of the West. It also became a point of contrast to Tsarism, insisted upon with pride by the rulers of the Soviet Union.

The official Soviet view is firmly expressed as follows: "*The all-round collaboration of the nations, national groups and nationalities inhabiting the Soviet Union, as well as the ideology of equality, friendship and brotherhood among them have long been established within the Soviet federative state. This new type of relations between nations arose as a result of the victory of socialism in the Soviet Union.*" A more detached appraisal would concede that there has been equality of social and economic opportunity for the individual of minority status, and that there has been equal treatment of nationality groups in the economic development and the elaboration of certain cultural institutions. Yet the basic fact remains that Soviet nationality policy has constituted a forceful imposition of social, political and economic forms by a powerful center upon a host of colonial subjects." (Inkeles, pp. 290-291 in Braham, *Soviet Politics and Government*). Whatever one may think of these views, acquired rights in the field of language and culture are no more secure than any other rights under a totalitarian dictatorship. The ruthless treatment of certain minorities which became suspect during the war, such as the Volga Germans and the Kalmuks, revealed this clearly. The treatment of the Jews in the Soviet Union in recent years, in conjunction with the Soviet Middle Eastern policy, serves as a further reminder of the fact that acquired rights depend for their enforcement upon a firmly established and effectively enforced constitutional order.

Federalism and Acquired Rights

Federalism would seem to provide the most satisfactory protection of a linguistic minority. It depends of course upon the geographic distribution of such a minority. If it is centralized in one place, as is the Franco-phone minority in Québec, or the Spanish-speaking minority in Puerto Rico, it is possible to secure its autonomy by making it not only a federal subdivision, but to reinforce that subdivision by special provisions, as is the case in Puerto Rico. For the notion that a federal system must provide the identical relation between the federal center and the component parts is neither supported by logic nor by historical experience. It is precisely the advantage of the federal constitutional scheme that it can readily vary the nature of the federal relationship. In multilingual Switzerland, it has proved

possible to structure the federal relationship in such a way that it protects the acquired rights of all the minorities. There may yet develop disadvantages which are illustrated by the lack of a university of the Italian speaking minority — just now in the process of being remedied with the impending founding of a university in the canton of Ticino. These disadvantages are also illustrated by the violent agitation of the Franco-phone population of the canton of Bern for a separate cantonal arrangement. But this too is in the process of being arranged, thereby illustrating once again the flexibility of the protection of acquired rights as well as the firmness of such guarantees under a federal order. By contrast, the lack of a federal order in Czechoslovakia (until very recently) made it virtually impossible to resolve the problems presented by the presence of sizable linguistic and cultural minorities. How tenuous minority rights become in such a situation, the unhappy history of Czechoslovakia amply illustrates. The protection of the Hungarian and German speaking minorities was just being worked out when Hitler appeared on the scene to render it impossible by the nationalist extremism he instilled into the German speaking masses. The reason for mentioning these cases is to illustrate once more that a constitutional order, preferably a federal one, is the essential precondition for protecting the acquired rights of a linguistic and cultural minority.

The Importance of a Government of Laws

Even more fundamental, however, is the existence of a *Rechtstat*, a governmental order subject to the law. Such a statement seems almost tautological. For since we are dealing with acquired *rights*, a rightful order appears to be its logical precondition. Much past thought on the subject of acquired rights has, therefore, been concerned over rights other than language rights. Property rights have occupied a large place in these discussions. The dissolution of the feudal order brought, as mentioned earlier, a great many violations of acquired rights, but it is difficult to see how this order could have been superseded without such violations of acquired rights. They stood in the way of social progress and were swept away as a result of that progress. Linguistic and cultural acquired rights are similarly related to the order of nationalism and its attendant political institutions. A decline of nationalism would seem to foreshadow a weakening of the clamor for acquired rights in the field of language and national culture. There has been a continuous evolution in the field of human rights and certain ones have become more important, while others have receded. Such rights do not entirely disappear — though the American's right to bear arms appears reasonably obsolete — but they lose position. The priorities change. Individual rights may yield to collective rights, and

property rights to personal rights. In this process, an acquired right may be made to yield to emergent rights considered of superior importance.

Lasalle's Basic Study

This sort of clash between acquired rights and radical political change is the basic theme of what is perhaps the most comprehensive study of the problems of acquired rights by the German socialist, Ferdinand Lasalle. Published in four volumes in 1861, and based in part upon the Hegelian philosophy of right and law, Lasalle says in his preface that "*the concept of acquired rights has once more become controversial*" — and this controversy (*Streit*), he thinks, is the basic core of the political and social struggles of the century. "*In the sphere of law, politics and economics the concept of acquired rights is the source of all further development...*" (page 29). He relates it in his theory to the problem of retroactive law and more particularly addresses himself to its operation in the law of inheritance. He shows its close linkage with the notion of human dignity which is undermined when the human being is not allowed to will freely, but is forced to accept the decision of a legislator who decides contrary to such will what he could not have willed because at the time no law existed which he could have taken into account in making his decision. The conclusion of his theory stresses that the concept of the freewilling individual action and the postulate of the inviolability of the individual's rights or that of the non-reactive force of law rest upon the concept of freedom of the will as embedded in the law. It would lead too far afield to follow Lasalle's philosophical exploration of the implications of this view. But Lasalle was very conscious of the revolutionary implications of his work; he expressed it in a letter to his publisher in which he cited a sentence from his own introduction: "*The content of my basic thought is concerned with the transformation of an old state of law into a new one... It is the third feature of my work that it is not only politically, but socially revolutionary. It dissolves all testamentary law. It is the strong fortress of a scientific system of law for revolution and socialism.*"

Lasalle was, of course, primarily interested in the acquired rights of property and their limitation. But what he argues applies also to other kinds of acquired rights. In the centrally important paragraph VII he deals with what he calls absolute laws. This term, coined by the great German jurist von Savigny, refers to laws about which the will of private persons cannot make agreements to the contrary, in contrast to laws which permit a deviation by private persons. The rightfulness of such absolute laws rests upon the assumption that they "*create*" rights,

they establish their existence, and hence form part of public law. (Von Savigny, *System des heutigen Roemischen Rechts*, vol. VIII contains this argument.) Lasalle was not satisfied with this distinction which seems indeed rather artificial though it has dominated much juristic thought on the subject of acquired rights; for the fact of acquisition is put into the center of the argument. The creation of new rights may therefore be retroactive and often is. But what this approach fails to consider is the problem which arises from a conflict between those persons for whom the law creates a new right and those others whom it at the same time deprives of rights. Thus the right of the Franco-phone population of Québec to promote the French language in that province clashes with the right of the Anglo-phone minority (and other minorities) to use their own mother tongue. We have here, as in many other situations involving acquired rights, a conflict between two rights both of which are acquired and hence entitled to respect. The argument from the fact that they are legitimate acquired rights does not provide a basis for settling the problem of priority.

The Problem of Priority of Rights

This question of priority is probably the most perplexing aspect of the issues which human rights present. Although there is widespread opinion that the order in which they occur in existing bills of rights determines their priority, this opinion turns out on inspection of the historical record to be quite incorrect. In developed democratic states the priority is not fixed, but determined in controversial cases by judicial decision. It seems clear that the same argument would apply to acquired rights; there is no way of settling once and for all the precedence of one acquired right over another.

It is in this connection interesting that the administration of minorities' linguistic rights under the League of Nations brought into being arbitral procedure of a judicial nature. It occurred in Upper Silesia where "*Minorities Offices*," an "*Arbitral Tribunal*," and a "*Mixed Commission*" with a president appointed by the *League*, were instituted. The President was a Swiss from a canton with a mixed population who was familiar therefore with the problems of a multinational state. Under this set-up, individual cases were heard, based on an adversary procedure which culminated in an opinion. A considered evaluation of this experience leads to the conclusion that international supervision should be combined with local responsibility. In a federal system such as Canada's, the role of the international body would fall presumably to the federal authorities, unless they are considered too partial on the issue.

It would, however, seem that where the same acquired right – that of using one's mother tongue – is claimed by two or more groups, the right of the larger group would take precedence. For the violation of the acquired right of the larger group would be a greater evil than that of the smaller group. Therefore, in situations where it must be either one or the other, the minority would seem to have to yield to the majority. This reasoning applies specifically to public schools. It is the more justified if the members of the minority group are entirely free to move elsewhere, as would be the case of inhabitants of Québec who prefer English for one reason or another. This argument would seem especially to apply to immigrants who are not actually acquiring any right, but an obligation, namely to speak the language of the country to which they are moving.

Summary and Conclusion

In summing up and concluding the argument of this memorandum, one might say that arguments from acquired rights are weak arguments in the modern state, due to the legislative and constitutional sovereignty of the people and their representatives. Such arguments acquire strength only in relation to the degree of differentiation and eventual separation of political communities. Retroactive laws, while in conflict with the idea of legal stability, are nonetheless justified wherever new rights are being conferred. For, since all rights become enforceable only through their recognition by the state, it is ultimately the inescapable conclusion that rights can be maintained only where the state is willing to enforce them, and that hence not the acquisition but the recognition of rights is the decisive consideration.

Bibliography

- Becker, Carl L., *The Declaration of Independence*, 1951.
- Cahn, Edmond, ed., *The Great Rights*, 1963. Includes papers by Hugo L. and others.
- Chafee, Zachariah, Jr., *Three Human Rights in the Constitution of 1787*.
- Cranston, Maurice, *Human Rights*, 1963.
- Friedrich, Carl J., *Man and His Government*, 1963. Especially chapters 20 and 21.
- Puerto Rico: Middle Road to Freedom*, 1959.
- "Rights, Liberties, and Freedoms" in *Transcendent Justice*, 1964.
- Trends of Federalism in Theory and Practice*, 1969. Especially chapters 3, 15, 18, and the bibliography.
- Gierke, Otto von, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 1873. Especially volume II, pp. 130ff., where the inter-relationship of right and obligation is stressed as peculiar to Germanic, as contrasted with Roman, law.
- Inkeles, Alex, "Soviet Nationality Policy in Perspective" in Randolph L. Braham, ed., *Soviet Politics and Government*, 1965, pp. 271ff.
- Janowsky, Oscar I., *Nationalities and National Minorities* (with special reference to East Central Europe), 1945.
- Lasalle, Ferdinand, *Das System der erworbenen Rechte*, 1861 (also in English) in *Gesammelte Reden und Schriften*, vols. IX-XII.
- McWhinney, Edward, *Federal Constitution Making for a Multinational World*.
- Mirkine-Guétzévitch, B. and Prélot, M., "Chrestomathie des Droits de l'Homme" in *Politique*, 1960.
- Pound, Roscoe, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*.
- Sapir, Edward, "Language" in *Encyclopedia of the Social Sciences*, 1933.
- Savigny, Friedrich Carl von, *System des heutigen Roemischen Rechts*, vol. V, 1840-1849.
- U.S., *Report of the President's Commission on Civil Rights*, 1959.

(ii) Les élites et la formation des élites

Harold D. Lasswell
(Université Yale)

(ii) Elites and Elite Formation

Harold D. Lasswell
(Yale University)

Unlike "*political nationalism*", "*cultural nationalism*" is an ancient phenomenon. There is nothing novel about belonging to a community with a relatively distinctive profile of common characteristics. The origins of nationalism as a sense of "*cultural*" identity can be traced to the time when cities, and city centered empires, made their appearance in history. The idea of a "*country of birth*" began to mean something different from a "*tribe*" or a set of "*racial*" physiognomies. The country of birth implied exposure during formative years to a life style in which one could identify a particular blend of language, history, ideals and behaviors.

The rise of democratic philosophies and programs in the last two centuries have conferred political overtones on the conception of "*nation*" and "*nationality*". "*Nationalism*" has come to signify the aspirations of a people with a relatively distinctive style of life to achieve and retain equal status in the arena of world politics. It is often described as a group parallel to the projection of an individual's demand for power in the territorial state. The demand is put forward in the name of an organized territory. The specific content of the movement is to enjoy equality of power with similar entities in world affairs.

Historians and analysts have had ample opportunity to demonstrate that nationalistic movements display many anomalous features. Evidently these movements do not lend themselves to explanations that rely on a single factor. For example, the phenomenon cannot be linked with the strict predestination of a common tongue. The Swiss are the obvious instance in Europe. They yield to no one in their demand for formal equality on the world scene, and among other less well-known idioms they speak in German, French and Italian. Similarly, there appears to be no strict predestination by economic factors. For instance, one center of industry may exercise a predominating influence in a nation state, while other industrial cities remain passive.

Contemporary analysis is sufficiently informed and candid to treat the reality of nationalism as a phenomenon of political psychology. The reality is a subjective and behavioral fusion of common symbols of "*identity*" with certain "*demands*" and "*expectations*". The symbols of "*demand*" and "*expectation*" refer to freedom from authorized control by more inclusive territorial entities.

It is recognized that the nationalistic response may emerge under many different circumstances. The critical component in the mix is the appearance of an elite corps of articulate and organizationally active instigators who guide and formulate current discontents, of whatever origin, into the nationalistic channel of expression. It is a

process in which a miscellany of private loves, hates and fears are detached from private targets and reattached to public symbols and behaviors. The evolution depends in large measure on the motivation and proficiency of the emerging power elite.

That the reality of a nationalistic movement is mainly a "symbolic" reality is apparent if we examine other contemporary facts of life. Perhaps the most obvious feature of world life is the acceleration of interdependence on a global scale. Many social indicators are available to display the accelerating movement of persons, trade and weapons. However, it is not possible to describe interdependence by referring exclusively to physical objects, motions or energies. It suffices to establish the fact that rulers and peoples "*take one another into account*". It is undeniable that governments, corporations, trade unions and other official and unofficial participants in the world community are more accustomed than ever to take one another into consideration, whether the problem is perceived as one of military security, economic development or cultural exchange; or whether the issue touches on health, population or environment.

Given the facts of interdependence on the one hand and the frequency of nationalistic movements on the other, how can the seeming paradox be resolved? How does it happen that a progressively more interdependent world community is fractionalized into scores of apprehensive territorial states? Why do movements occur whose principal result, if successful, is to fractionalize the situation further?

The rhetoric of nationalistic movements is not without self-interpretation. One frequent version emphasizes "*economic*" factors. This view was at its height at the peak of "*anti-colonialism*" in the nineteen-fifties, when it was asserted that imperialistic exploitation generated the discontent that nationalistic movements did away with. Such an interpretation seems less tenable now than it did a few years ago when the great empires of Europe were withdrawing from Asia and Africa. Since then levels of consumption have not always risen, and often there has been little inflow of know-how and investment from outside. More recent protests against "*neo-colonialism*" (whether directed against dependence on "*socialist*" or "*capitalistic*" powers) would appear to be lamenting the fact that interdependence implies mutual obligation.

Another self-interpretation stresses the denial of respect. Nationalism is presented as a delayed and indignant counter-offensive against a long history of personal and social discrimination. Equal status in the world arena is demanded as a matter of self-respect. This interpretation, too, is less persuasive than it was a few years ago. The United Nations has proliferated among the "*micropowers*" to such an extent that many

debates are perceived as mass rituals that contribute nothing to the respect in which the organization is held.

The search for a less ephemeral conception than "*economic*" or "*prestige*" nationalism has led to the posing of a relatively clearcut question. Who benefits most directly from the steps that are taken along a path of nationalistic activity? The obvious gainers are the elite corps that mobilizes and organizes the population and teaches them new symbolisms and behaviors. The elite corps gains political weight in the act of propagandizing and organizing. Leaders gain in importance in competition with rivals who stand out against any excesses committed in the name of the movement. If they succeed in fathering a new state, many advantages accrue to key figures. And to anyone else? As was suggested before, widely shared economic advantages do not invariably follow in the wake of independence. Can it be demonstrated, for instance, that the prestige as well as the economic position of workers, farmers, small businessmen or managers is enhanced when the excitement of formal independence dies down?

We must guard against a frequent misinterpretation of the analysis whose themes are summarized in the preceding paragraphs. The implication is *not* that nationalistic movements are conspiracies foisted on the many by an ego-serving few. A challenging elite-corps often succeeds, not by conspiracy, but by playing the ordinary political game of providing action programs for the discontented.

The fundamental question in a body politic is the problem solving capability of all the elites of the total system of interaction — especially the established elements. The question is why these elites allow a situation to become provocative and to get out of hand.

The members of any established elite have many channels of influence at their disposal other than the official structures of government and law. Typically they possess enough economic strength to affect or even to dominate the policy forming and executing routines of commerce, industry and finance. Usually they have access to higher education and to advances in science and technology that affect production, health and security. A top position in any policy process — official or unofficial — induces a polarization of respect that adds to the influence of the individual. At the same time ease of communication with less influential members of the community is usually reduced. As a result the excluded many feel discriminated against. Such feelings turn hardships into occasions for righteous indignation, and of recourse to sweeping proposals for the reconstruction of power relationships.

It is notorious that in a crisis atmosphere every item of belief and action is invested with magical significance. The item is open to

symbolic inflation since it is perceived as a means of achieving a new life or as an opportunity to reaffirm remnants of an earlier life style. In such circumstances the problem-solving task is to give attention to any controversial element while dissipating its symbolic inflation.

It is clear that the phenomenon of human interaction on a global scale is often obscured by the early results of the process itself. Any change — especially rapid change — is likely to result in the frustration of traditional ways of thinking, feeling and doing. In turn, uncertainties multiply, expectations fluctuate between hope and doubt, and established identities and routines are called into question.

This is the phase of the change process at which excessive reliance on territorial forms of organization breeds unnecessary difficulties in the modern world. The modernizing globe is only partially segregated according to territorial boundaries. The situation is much more differentiated and pluralized. As a result any serious attempt to employ a comparatively small territorial unit as an instrument of segregation (self-isolation) is bound to reduce the variety and scope of opportunities open to the individuals involved — unless they belong to the elite corps whose nominal power is increased. And it is worth noting that those who camp in the center of melting ice occupy more and more of less and less.

If the inflated and non-reality oriented components of nationalism are to become less effective, the dominant minorities will share their policy making and executing power in the pluralistic as well as the territorially organized sectors of society. To pluralize effectively is to de-segregate, to criss-cross barriers, and to multiply opportunities at home and elsewhere for realizing a better life. If the aspirations of the universal *Declaration of Human Rights* are to be realized on a progressively grander scale, opportunities must be made more abundant for knowledge, skill and health; for jobs and economic advancement; for respect, love and responsibility. The sharing of power in policy making and execution is at once an expression of human dignity and an indispensable means of acquiring and protecting the assets on which it depends.

At this stage of development in the world community we are as yet rather unaccustomed to think of "*the nation of man*", or to adapt our sentiments of belonging, our sense of identity, to a territorial and pluralistic maze of interlocking global realities. We are learning, however slowly and painfully, to distinguish the claims incorporated in political symbolism from the realities of an interdependent way of life on which security and freedom both depend.

(iii) La protection légale des minorités ethniques et linguistiques en Europe

Gerhard Leibholz

Juge de la Cour constitutionnelle fédérale de l'Allemagne de l'Ouest et
Université de Göttingen

(iii) Legal Protection of Racial and Linguistic Minorities in Europe.

Gerhard Leibholz

Judge of the Federal Constitutional Court of West Germany
and University of Göttingen

Décembre 1971 December

The principle of nationalities and the right of national self-determination is based on the idea that each nationality is entitled to protection and respect, and that the opportunity of each to develop freely must be preserved¹. The ideal situation is for a people to be organized into a national state. If this cannot be realized, then the principle of nationality demands the protection of racial, linguistic, and religious minorities against oppression and assimilation by the state in which they reside and by its ruling majority. This is by its very nature an international problem.

The protection of minorities was determined primarily for the area of religion. The principle appeared in 1648 after the end of the Thirty Years War; its clearest manifestation appeared at the Berlin Congress of 1878 where, at the expense of Turkey, the Balkan states of Serbia, Montenegro, Rumania, and also part of Bulgaria were granted independence. After that, practically all European states were confronted with the problem of national, racial, and linguistic minorities. In the 19th century this was true especially for the Austro-Hungarian Habsburg Monarchy, which included nine nationalities: Germans, Czechs, Poles, Ukrainians, Serbian Croates, Rumanians, Slovenians, Italians, and Magyars, none of which were minorities in the strict sense since they were not opposed by a national majority. In addition to this multi-national state the question of minorities also played an important role in the neighboring Balkan states. It was common in the 19th century to try settling the problems of minorities on an intra-state basis. An excellent example, which will be presented in detail, was the settlement in Austro-Hungary. It is by far more instructive than the example of Switzerland, where the three principal languages of German, French, and Italian and occasionally Rhaetoromantic are spoken. The almost unexciting common life of national groups in Switzerland is based on special features such as their membership in organically developing, linguistically homogeneous cantons², a democratic constitution, and finally, the small size of the state.

The protection of minorities was a burning problem in Europe after World War I. Newly founded and territorially enlarged states had especially strong minorities within their boundaries. In a basically correct estimate of the extent of the minorities problem the solution now was to deal with it at the level of international law. A typical case was that of Poland. Meanwhile, a series of minorities questions remained at that time without an international settlement. Here the example of Denmark would merit closer examination.

1 Dahm p. 394.

2 Laun pp. 245-246.

With the diminution of the principle of nationalities after World War II the question of the protection of minorities also receded in importance. Except for occasional bilateral settlements like, e.g., the 1946 agreement between Italy and Austria over German-speaking South Tirol, the protection of minorities principle has been replaced by increased attention to the protection of human rights by the United Nations and the Council of Europe³.

I.

A common feature of the problem of minorities in Europe, in contrast to overseas states, is that immigrant groups are not involved; rather it involves mainly long-established parts of the population whose motherland, moreover, forms a direct boundary with the minority state. Thus here the minorities question is burdened also, politically and from the point of view of international law, with boundary problems.

The protection of minorities is to be achieved in two ways: by the creation of stipulated individual rights for individual members of the minority or by guaranteeing the partial autonomy of the minority as a collectivity. In Europe the first method had been predominately followed; on the other hand, the Austro-Hungarian Monarchy of the 19th and early 20th centuries attempted to achieve the protection of its national groups in both ways.

In the foreground of such efforts stand the individual basic rights of *Austria's liberal Constitution of 1867*, Article 19 of which declares that all races within the Empire are equal before the law. This basic principle naturally was not sufficient to secure for all nationalities the same legal or even political condition in the state. Its decisive importance, however, lay in the fact that it largely recognized the equal rank of all the customary languages used in schools and offices, and in public as well as in private life. At any rate, in principle, the disastrous hegemony of the German language dictated previously under Emperor Joseph II was broken. The basic right secured by Article 19 of the state *Constitution* indeed was not concretized, despite the initiatives of the Reichsrat and the crownlands, especially Bohemia, in a comprehensive and detailed statute dealing with nationalities. This was certainly a disadvantage⁴. Instead, a series of special settlements actually limited in extent, were drawn up dealing mainly with the linguistic question. Depending upon the actual distribution of political power, however, one linguistic grouping was usually favored by these regulations while the others were put at a disadvantage⁵, although the Supreme Court of the Empire and the Supreme Administrative

3 Berber p. 370.

4 V. Balogh p. 17.

5 Janowsky p. 22.

Court watched over this amalgam of material rights with complete impartiality". One example might be offered in the area of school legislation; since 1884 there was a customary law, recognized by the Supreme Administrative Court, according to which elementary schools were to be established in the language of the national minority in every locality with a circumference of 4 kilometers and where at least 40 of the school age children of this national group lived during the average of the last five years⁷.

Yet sharp conflicts merely over the use of languages could not be avoided. Thus, in 1893 the Taaffe government fell, after fourteen years in office, on the occasion of a conflict that had been unleashed by the establishment of a parallel Slovenian class at the German gymnasium in Cilli (South Styria)⁸. Still more threatening was the national antagonism, accompanied by vitriolic emotions, between Czechs and Germans, which was decisively inflamed by the linguistic settlement of April 5, 1897 that was promulgated by the Austrian Minister-President, Count Badeni, for the Kingdom of Bohemia. Two things marked this settlement: the decision which required all civil servants employed in Bohemia after July 1, 1901 to demonstrate written and oral knowledge of the German and Czech languages, and the violation of the principle of the exclusive use of the German language as the official language inside Bohemia. The opposition of German Bohemians, who were not consulted ahead of time, particularly their liberal intellectual stratum, broke out into disgraceful scenes of obstruction in the Austrian House of Representatives. These multiple national antagonisms were played out with unchecked radicalism: in Vienna and Graz there was considerable unrest, threatening even the danger of a revolution. The linguistic battle even reached into the army when, in 1899, Czech recruits refused to answer a summons with the German word "*hier*". The otherwise unstable structure of the Empire as a whole never did recover from the convulsions which rocked it at the time⁹.

The Kingdom of Hungary within the Empire, consisting of the Magyar people and the numerically powerful German, Rumanian, Croatian, Slovakian, and Serbian racial groups had — in contrast to Austria — an exceedingly detailed and, at the same time, considerably liberal settlement pertaining to linguistic usage in its Article No. 44 of 1868. It stipulated, among other things, that linguistic usage would be geared to the particularity of local conditions. Essentially it stipulated

6 Laun p. 252.

7 Laun p. 254.

8 Sutter, I. Vol. pp. 107-127.

9 Sutter, I. Vol. p. 9, 2. Vol. p. 9.

that individual citizens could generally be served in their mother tongue. Likewise public agencies could decide for themselves to employ, besides Hungarian, the languages currently in use in their respective regions. Article No. 44 contained an additional guarantee, whereby citizens living together in greater numbers could be educated up to and including the secondary school level in their mother tongue and in the vicinity of their local residence. Finally, at the University of Budapest special chairs were set up for the languages used in the country. Articles No. 38 of 1868 and No. 30 of 1883, regulating also the creation of elementary and intermediate schools, allowed racial groups – as well as church, communal, and state instrumentalities, and indeed individual persons – to establish and supervise public schools, and provided state assistance for confessional schools¹⁰. The tolerance of Hungarian linguistic legislation in the year 1868 is based upon the discreet national policy of Minister-President Deak who had formerly promoted, and decisively, the settlement with Austria, together with Baron von Eötvös, his Minister of Education. However, they were not able to prevent, in the 1890's particularly, the eruption, which was now worse than ever, of antagonism between nationalities in Hungary. The ruling Magyarian minority endeavored to achieve the further detachment of Hungary from Austria and thus pursued an increasingly nationalistic policy which had the effect mainly of enlarging the burdens of the racial groupings domiciled in Hungary; according to a contemporary quotation, the Magyars had "*one-third of the burdens, half of the rights, and three-fourths of the influence.*"¹¹ Thus, already in 1876 the rights of German speaking Transsylvanian Saxons to self-government were abolished. The above mentioned school law of 1883 was already an expression of purposeful Magyarian policy: it guaranteed access to all curricula to the Hungarian language and, moreover, made it for the most part the language of instruction.

The second path, the creation of meaningful self-government for minorities, was vigorously followed in Austria at the beginning of the 20th century. It corresponded to one of the fixed conceptions of Austrian national policy prior to World War I, that is, to create specific areas delimited by nationality and equipped with sweeping powers of self-government, particularly in community and school affairs¹². In a speech that has often been quoted, the Austrian public law scholar, Georg Jellinek, emphasized in 1898 unmistakably that there could be majority decisions in the political sphere, but not in the area of ethnic matters. Accordingly, the idea that in the long run only a broad federalistic

10 V. Balogh pp. 18-20.

11 Eisenmann p. 654.

12 V. Balogh p. 17.

state constitution would protect against the danger of subjecting national minorities to a majority, began to be asserted¹³. Austria had for a very long time taken this into account by granting sweeping autonomy to the crownlands. However, this could not lead to any lasting peace, since the crownlands were not demarcated by nationality, but were enlarged by marriages and testamentary arrangements among ruling dynasties.

Compared to this, it was an important step forward, when Austria created self-governing national associations organized not on a territorial basis, but according to the principle of rule over specific persons – comparable somewhat to the manner of confessional unions. Their legislative and administrative autonomy was to be limited to the spiritual-cultural sphere¹⁴. Their autonomy would embrace everything directly relating to the matter of nationality. Demands of this sort were made mainly by the Czechs around the middle of the 19th century. They were at first, quite understandably, met by German opposition, but were carried through after the turn of the century, when it was manifest that the German-Czech conflict was not otherwise to be prevented. The initial result of all this was the 1882 separation of the University of Prague into a German and a Czech division¹⁵. To a certain degree this has been a success. After the settlement of 1905 in the county of Moravia, where Czechs and Germans lived together in relative harmony, Moravia was wholly divided into independent Czech and German election districts that mutually overlapped. Thus both nationalities chose their representatives separately, the number of whom was settled at the outset by a population census. Owing to this arrangement election battles between Czechs and Germans were to be avoided. The principle of establishing districts organized on a personal basis made certain of that. It was introduced also into Bukovina whose population consisted of Rumanians, Ukrainians, Germans, and Poles. A similar solution was, moreover, prepared shortly before the outbreak of World War I in the long-sought settlement between Czechs and Germans, where since 1908 the conflict of power and of language had intensified considerably under the impact of the nationalistic efforts of "*Young Czechs*."

This development illustrates that Austria considered herself on the correct road when compared with Hungary. As a result of the federalistic structure and the supranationality of the entire state, there the right of minorities to their languages and homelands was rather well

13 Jellinek pp. 29-31, v. Balogh pp. 171-175. Bruns pp. 22, 34.

14 Vieffhaus p. 26.

15 Sutter, 1. Vol. p. 95.

protected. On the other hand, their protection in the centrally controlled Kingdom of Hungary, owing to the pressure of nationalistic Magyarian policy, had not increased.

II.

After the collapse of the traditional East Central European states at the end of World War I, the victorious powers tried to establish a new order that would be based on the right to self-determination; in place of the legendary "*national prisons*" of Austro-Hungary the new order was to be composed of homogeneous national states in correspondence with ethnic realities. According to this model the nationalistic views of young states being drawn toward sovereignty and territorial enlargement converged with the democratic ideas of the French Revolution and those which the United States particularly represented. When the reverse side of this ideal model is considered one sees, however, the existence of national and linguistic minorities as an alien system and as an undesired phenomenon. Thus already in the early twenties the discrepancy between ideal and reality was manifest. The principle of the national state did not suffice for the mixed population zones of East Central Europe. The new European order provided for in the Paris peace treaties of 1919 did indeed remove some minorities; it left behind others, however, and by the drawing of ill-conceived boundary lines actually created new minorities who constituted altogether from 20 to 25 percent of the entire population of the states concerned¹⁶. Thus the question of minorities remained as the reason for those explosive tensions that finally burst into acts of violence in the Second World War and afterwards.

The new material order of states and their minorities was the subject of a comprehensive treaty system between the victorious powers on the one hand and, on the other, the defeated nations and the newly created states. Contrary to plans originally pursued, especially those of the American President Woodrow Wilson, this new order was not taken up into the Charter of the *League of Nations*, since it was expected that a series of separate agreements among nations with minorities would bring about a more satisfactory legal solution than a general over-all agreement. Nevertheless, the League of Nations was assigned the task of securing the protection of minorities. Agreements pertaining to minorities were to be found in the peace treaties that the victorious powers concluded with the defeated countries (Bulgaria, Austria, Turkey, Hungary) with the exception of Germany. What is more, the victorious powers concluded a series of special treaties for

16 Claude p. 13, Janowsky p. 19.

the protection of minorities, at first with Poland, which later became the model for the treaties with Greece, Rumania, Yugoslavia, and Czechoslovakia. Finally, in the following years, Albania, Estonia, Latvia, Lithuania, and Iraq committed themselves to the protection of minorities by means of unilateral declarations vis-à-vis the *League of Nations*. Among the most important sources of the international right of minorities are the bilateral treaties negotiated between the states momentarily concerned, such as, for example, Poland and Germany, Poland and Danzig, Poland and Czechoslovakia, Greece and Bulgaria, Greece and Turkey, and Finland and Sweden. — The question whether a general international law protecting minorities has arisen out of this network of treaties became a matter of some controversy¹⁷; it may be answered in the negative¹⁸. The system which emerged was one-sided: it imposed duties and responsibilities exclusively on the losers and the newly created or enlarged states of East Central Europe. Other states, like France, Belgium, Italy, and Denmark, which also harbored considerable minorities, did not have to take over any responsibilities of this kind. Even Germany, as will be indicated, only committed herself to the protection of certain minorities later on. It was the one-sided character of the treaty arrangements that burdened the treaties as a whole from the very outset.

III.

In Poland the minorities question kindled the greatest passions in subsequent years. Therefore, the matter was there subject to treaty regulation most thoroughly. Hence the settlement involving the protection of minorities in Poland and its fate should be further discussed.

The Versailles Peace not only gave the Poland its national and international sovereignty but also added to its territory former Russian areas together with the largest parts of former German territory in West Prussia and Posen. In addition, Poland was awarded, in accordance with the plebiscite of March 20, 1921, with vast parts of Upper Silesia. As a consequence, nearly one-third of the Polish population consisted of non-Polish national groups; the German minority constituted some 5 percent of the population (1.4 million), the Russian some 14 percent, while 7.7 percent were Jews¹⁹. The major powers had finally on June 28, 1919, under certain pressures, achieved a protection of minorities agreement with Poland, which above all was concerned about her sovereignty and unity. This was made clear by the much considered

17 Bruns pp. 41-45.

18 Temperley p. 143.

19 Gumpert p. 160.

covering letter that the French Minister-President Clemenceau sent to the Polish government on June 24, 1919 in the name of the Council of the major allied powers²⁰. Clemenceau's interpretation has won international legal recognition; it corresponds to the practice, recognized for a long time in European law — at last at the 1878 Berlin Congress — of making the international legal recognition of newly created or considerably enlarged states dependent on the fact that these states commit themselves first to an international convention for the observance of certain principles, such as the protection of the minorities they absorb²¹.

In the minorities protection agreement Poland accepted the principle of the equality of all its citizens regardless of religion, race, or language and elevated this principle above the ordinary rights proceeding from the law of the *Constitution*. In particular, Poland secured to all citizens both the customary right to freedom, particularly freedom of religion, and the right freely to use one's own tongue, and positive civil rights such as the right to employment in all public offices. Besides agreements concerning the problem of Polish citizenship, and the formation of the right of option for the German parts of the state's population, Poland agreed, under the treaty, to grant national and racial minorities the right to establish, at their own expense, social and cultural institutions, especially their own schools²². Particular benefits, notably the distribution of public money for cultural projects, were provided, over and above that, for minorities in the newly annexed areas. Naturally the treaty endorsed the Polish language as the official state language; it could be a required subject also in all schools. Meaningful, finally, was the February 13, 1920 decision of the Council of the *League of Nations*, based on Article 12 of the Treaty, guaranteeing the protection of minorities²³. Poland recognized the authority of the *League of Nations* as well as the jurisdiction of the Permanent Court of International Justice at the Hague regarding the final decision on differences of opinion.

The agreement was extended and concretized in detail — insofar as it concerned minorities in those parts of Upper Silesia taken over by Poland — by the Geneva Convention of May 15, 1922 between Poland and Germany. It contained — subsequent to a decision of the Ambassadors' Conference of the major allied powers of October 20, 1921 — agreements signed by both States, limited to a period of 15 years,

20 Temperley pp. 128 ff., v. Balogh pp. 27, 30.

21 Temperley pp. 132, 142.

22 British Treaty Series 1919 Nr. 8.

23 Journal Officiel I, 1920, p. 56.

to maintain the economy of Upper Silesia, which was threatened by separation, and to protect minorities. In its beginning the Treaty included reciprocal guarantees for protecting minority rights; it thus also obliged Germany for the first time to protect the Polish minority remaining in its sector of Upper Silesia. The agreement concretized for both sides, in additional 71 articles, the equality of all citizens by securing to the latter all civil and political rights. In particular, absolutely equal treatment in matters of religion and education, including participation, up to a certain degree, in school administration, as well as in the use of both languages in all private and public schools, were stipulated. Especially noteworthy was the right of minorities to educate their children privately in their own language, independent of a public requirement, by employing suitable and indeed politically "*reliable*" teachers, and to build private schools at their own expenses. In the case of publicly supported schools Poland and Germany were committed to provide minorities, when requested, with minority schools or with minority classes or in any case with language instruction. Thus, for example, a minority elementary school was established if it could accommodate at least 40 children, and an upper school when 300 students in a given area would attend. In the upper schools, as a general rule, only teaching personnel who themselves were members of the minority or who commanded the minorities' language could be employed. Majority and minority schools were supposed to receive public money on an equal basis. Finally, a measure of parental participation in the affairs of school administration was also provided. — The actual linguistic agreement provided minorities with a liberal concession, for no state law could impair the right to use one's own language in personal, economic, and community relations as well as in the press. Anyone could, on both sides of the line, employ the German or the Polish language in public offices; if an official responded in a foreign language, the citizen could demand a written translation. The minority could also place motions and other matters in their own language before community and district assemblies, and even before the Landtag for a transitional period of four years. The state language was, without exception, used only in the business offices of railroad, post-office, and telegraph administrations. With regard to the courts and other branches of the judiciary linguistic practices favorable to minorities were followed; if necessary, court interpreters were to be called in. Even questions of law arising under a court summons were treated in the same way. — Finally, the Geneva settlement introduced a proceeding for accommodating legal quarrels concerning the rights of minorities. After an abortive appeal to the proper administrative officials and their superiors the Offices of Minorities created in both states could deal with the matter. The petitioner could in turn appeal the decision of this Office to the *League of Nations*. Before that,

however, the case was usually switched to a mixed commission — as a local intermediate court of appeal — composed of two Polish and two German representatives under the Presidency of the former Swiss Federal President, Dr. Calonder, appointed by the *League of Nations*. In addition, for questions dealing with the interpretation of the Geneva settlement there was a court of arbitration whose composition was based on the same parity and which convened under a neutral chairman.

All of these promising provisions, so thoroughly worked out by legal technicians, did not, however, bring about any reconciliation among states, let alone for those parts of the population directly involved. The treaty as a whole was overshadowed from the beginning by hostile propaganda on both sides and by a number of Polish infringements. Thus, outrages committed in Posnamia already prior to the conclusion of the settlement was to produce a *fait accompli* in favor of ceding territory to Poland; in 1920 nationalistic Polish volunteers sought to influence the plebiscite in Upper Silesia by engineering three uprisings and causing numerous acts of terror; finally, in 1925, contrary to the terms of the settlement, the expulsion of German optants from Poland took place, only to be met by corresponding countermeasures on the part of the German government. For the Germans the “*Versailles dictate*” was never regarded as the basis of a lasting peace. — The German-Polish agreement could, in the long run, not be equal to these burdens. Shortly before the expiration of the Geneva agreement a German-Polish declaration was handed down on January 26, 1934 that was supposed to inaugurate a phase of mutual understanding. On November 5, 1937 another, but this time very short, German-Polish minorities declaration came into being, in which both states avowed that they would mutually respect the rights of minorities, protect them against assimilation, and insure their loyalty *vis-à-vis* the state. The statement, however, was not backed by any international guarantee. The agreement was at best of declaratory value.

In the meantime an incident obviously planned by Poland dealt a decisive blow to the reputation of the *League of Nations*. Poland's Foreign Minister, Beck, demanded in his speech of September 13, 1934 before the *League of Nations* that there be a general policy on the protection of minorities and that it be made equally applicable and binding for all European states. At the same time, however, the Minister refused to recognize the *League of Nations* as a superordinate international authority concerning minority questions. This unilateral denunciation of a crucial part of the treaty system was regarded as a violation of international law, producing considerable resentments on the part of the major powers²⁴.

24 Journal Officiel, Supplément Spécial, 1934. Nr. 125, pp. 42, 46.

The touchstone of every legal settlement is what actually comes of it. An objective picture regarding conditions on both sides of the German-Polish boundary is hardly to be had. But the perfect system for the protection of minorities stands and falls not only on its realization through internal state measures — one thinks of the bestowal of public money or other benefits substantially within the discretion of public officials — but also on the tolerance and loyalty of the relevant parts of the population, particularly on the part of their very active patriotic organizations.

One measure of the degree to which the agreement on minorities was effective in Upper Silesia was the very vivid and, at the same time, critical concluding report filed by the President of the mixed commission concerning his work from 1922 to 1937²⁵. Contrary to the expectations of the victorious powers the Offices of Minorities in a multitude of cases did not succeed in overcoming their quarrels. The President of the mixed commission was confronted with 2283 complaints in the course of his period in office. He was able to reach an agreement in most of the cases, but often only after wearisome investigations and lengthy hearings. In 127 cases the commission wrote authoritative opinions which were to have been binding upon the Offices of Minorities. However, the opinions were actually not heeded in every case without exceptions. Especially striking was the fact that the majority of complaints originated in the Polish sector of Upper Silesia. They dealt mainly with school matters which were for the minorities, over the long haul, naturally of decisive importance.

An insight into the problem can be gleaned also from the work of the *League of Nations*' Council. Of 525 public and private petitions taken there by 13 states one was against Germany and 155 against Poland. The latter incidentally were not only brought by the German minority, but also from Jewish and Galician groups²⁶. There were in addition 64 other Upper Silesian petitions, 49 of which were against Poland. Of all these cases only 21 came before the *League of Nations*, while 29 other cases were worked on by a committee of three. The rest were not accepted for review. But even of the officially accepted complaints which were brought there only ten cases resulted in an official decision by the Council. In no case did the *League of Nations* permit a petition to be filed in its entirety²⁷. All together the *League of Nations* was little inclined to take a definitive position in these controversies because it did not want to encourage member states to make this

25 Amtliche Sammlung, Vol. 1 and 2.

26 V. Truhart p. 9.

27 V. Truhart pp. 10, 18.

panel a place for the resolution of their minorities problems instead of themselves trying to bring about solutions²⁸.

The provision allowing, pursuant to Article 14 of the Charter of the *League of Nations*, a last appeal to the Permanent Court of International Justice presumed conflicts of opinion between the state in which minorities resided and a member of the Council. This is the reason why the Court was preoccupied only occasionally with the minorities question.

On the one hand there were financial problems, particularly involving questions concerning remuneration for the transmission of property in relinquished areas as stipulated in the Versailles Treaty. At the outset of the 1920's the attempts not only of Poland, but also of Estonia, Latvia, and Rumania, to impair, through an arbitrary land reform legislation and almost without any remuneration, the rights of wealthy groups within the minority element provoked a tremendous uproar. The Permanent Court of International Justice had declared these laws to be without legal force²⁹. — Another advisory opinion of the Court held certain Polish attempts to deny German speaking optants Polish citizenship to be unlawful³⁰.

A particularly interesting subject dealt with at the Hague was the right to have German minority schools in the Polish part of Upper Silesia³¹. The principal decision of April 26, 1928 guaranteed, on a complaint by the German Reich, which at the time belonged to the *League of Nations*, to all those in charge of education the authority — against a decision of the Council! — to declare as legally binding their decision as to what language their school-aged children should use, in order to secure, when necessary, access to minority schools. Their decision should not be controlled by officials nor should it be influenced by any pressure. Yet this judgment was not able to settle the real conflict. Characteristic of the obstinacy of the parties to these controversies was the fact that some 7000 children were refused permission to attend German minority schools in spite of the judgment. It was not before 1931 when a new advisory opinion of the Court settled this problem.

28 Claude p. 23.

29 Advisory opinion from 10. September 1923— Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale, Série B, Nr. 6; 1933 Série A/B Nr. 58, 60; Bruns, p. 30.

30 Advisory opinion from 15. September 1923 — Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale, Série B, Nr. 7.

31 Decision from 25. April 1928 — Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale, Série A/B Nr. 40.

IV.

Certainly the German-Polish agreement on minorities brought positive results here and there. Cases of tolerant and faithful arrangements on the part of national groups have not of course been very much in the public eye, and no final appraisal of the problem should overlook them. By and large, however, these arrangements miscarried. They did not relax tensions but in the course of time sowed new seeds of discontent leading to the catastrophe of 1939. The attempt politically to appraise the situation cannot be undertaken here. However, the political situation was not alone responsible for the failure of the German-Polish agreement on minorities. The failure to resolve this first, large-scale attempt to protect minorities on an international basis also had its source in international law.

The agreements worked out after World War I were wholly practical. That is shown by developments in Estonia and also in Czechoslovakia where men learned from the experiences of the Danube Monarchy. Since, however, good will was lacking on one or on both sides the international sanctions in the hands of the organs of the *League of Nations* did not help very much. Moreover, the *League of Nations* operated in an imaginary world. In this regard one should not overlook the fact that its members were not united over whether the aim of the protection of minorities should sooner or later be the smooth assimilation of minorities or their permanent survival as independent parts of the population, autonomous in cultural, linguistic, and religious spheres. The first position was represented before the *League of Nations* in 1925 by the British Prime Minister Chamberlain and the Brazilian delegate Mello-Franco³²; the other position was formulated in 1929 by Foreign Minister Stresemann for Germany³³, which of course had become the spokesman for the minorities³⁴.

An undeniable weakness of the system of protecting minorities was its bias against the East Central European States. The victorious powers as far as possible wanted to avoid infringements upon the autonomy of sovereign states. Above all, they had recognized that the protection of minorities in these politically unstable and inexperienced states was a particularly acute problem³⁵. In this connection Jewish groups, which had had unfortunate experiences with anti-semitism in East Central Europe, may also have had some influence over the United States³⁶.

32 *League of Nations*, Official Journal 1926, pp. 142, 194.

33 *League of Nations*, Documents, C. 8. M. 5, 1931, I, p. 89.

34 Claude p. 45.

35 Bruns p. 43.

36 V. Balogh pp. 12, 25-27.

(For example, Rumania had evaded the provisions of the Berlin Treaty of 1878 regarding the protection of religious minorities since only Christians were allowed to acquire Rumanian citizenship, in order to disadvantage the Jews who would then be regarded as stateless residents. American intervention in 1902 and 1913 remained unsuccessful.) These successor states in Europe, whose national pride was so easily offended, felt that they were neglected by the major powers in *League of Nations* circles. They were annoyed by the fact that provisions dealing with the protection of minorities were imposed involuntarily upon them or, in any case, forced upon them as an absolute condition in exchange for recognition in international law.

However, other groups directly involved, namely the minorities themselves, were also disappointed by the agreements. The shrill *pronunciamientos* of the right to self-determination of peoples had raised false hopes. Apart from their political disappointments because of the ill-conceived boundary lines, they felt themselves disadvantaged by the fact that the protection of minorities was conceived as a mere manifestation of individual rights and therefore no collective rights had been approved³⁷. Thus they were prevented from pursuing their own vital interests themselves, especially as one could not expect very much from the almost ineffective right of petition to the *League of Nations*. What is more, the League was reluctant to intervene³⁸, despite its responsibility to guarantee minority rights *ex officio*, and it was particularly hesitant to mingle in the internal affairs of the states concerned³⁹.

It was only one consequence of the existing system that the states sympathetic with the minorities more or less legitimately espoused their interests. The dangers stemming from this were quite obvious. In the 1930's, under all kinds of pretexts, Hitler (in Poland and Czechoslovakia) and also Hungary (in Rumania) as well as Bulgaria and Italy (both in Yugoslavia) were able to exploit the unrest among their compatriots and thus propagandize in the interest of their own nationalistic purposes, above all for boundary changes. By doing so they purposefully instigated the disloyalty of the minorities, thus offending one of the fundamental, even if unwritten, principles upon which the international protection of minorities was built⁴⁰.

37 Janowsky pp. 131-134.

38 V. Truhart p. 8.

39 Claude p. 27.

40 Janowsky p. 6, Claude pp. 44-47.

V.

The sad lessons of the European agreement on minorities learned from German-Polish history were confirmed by the opposite experience of German-Danish relations. Here too was a situation replete with political tension, kindled mainly by the boundary line with Schleswig which since the Middle Ages constituted a linguistic and racial mixture. The relatively unimportant though, from the point of view of international law, complicated Schleswig question occasioned the war against Denmark in 1864 by Austria and Prussia; two years later it led to the Prussian-Austrian War. After World War I Schleswig, in 1920, was partitioned by a controversial plebiscite. Large minorities remained on both sides of the boundary line. The relevant arrangements respecting minorities, which to be sure were not codified in Denmark, were, however, generously accommodated in its liberal constitution, and for a long time in Europe were regarded as a model of such arrangements; they did not result in any serious breaches⁴¹. Not until after 1933 did German nationalism produce unrest among Denmark's German minorities, who anticipated boundary revisions; finally, in 1940, Denmark was occupied by German forces. After the Second World War the Danish share of the population in German (South) Schleswig swelled considerably. New boundary shifts in favor of Denmark were, as a result, strongly rumored; England was mainly responsible for the revelation of such plans. However, the Danish government immediately came forth with a moderate proposal which continued in fact to recognize the old boundary of 1920.

Today the protection of minorities is not regulated by treaty in Schleswig; the recognition of an international control instance would, moreover, contradict traditional Danish policy. But already in 1949 the Schleswig-Holstein Land government drafted a statement concerning the Danish minority. It guaranteed them complete freedom and equal treatment and the possibility of undisturbed development. Anyone may freely participate in Danish nationality and culture. On March 29, 1955 the Danish and German governments issued formally unilateral, but in all essential details corresponding declarations on the matter. This is the source, and not any international guarantee, on which rests the protection of German-Danish minorities. Despite occasional tensions the agreement has held. To be emphasized is the fact that on both sides of the line school and press guarantees have remained intact. In addition, the decision of the German Federal Constitutional Court of April 5, 1952 deserves to be mentioned; on a motion by the Danish minority party, a provision requiring that a

41 Jäckel p. 12.

party receive up to 5 percent of the state's vote before being entitled to enter the Schleswig-Holstein legislature was indeed sustained, but at the same time it was held that the provision was not to be applicable to national minorities⁴². Thus, the exclusion of the numerically weak Danish minority from the legislature was prevented. Since then a Danish minority spokesman, whose conduct has been both loyal and constructive, has sat in the legislature. — The attempt to include Denmark in the European Economic Community and the lapse of time itself will obviate further resentments. Smaller arguments and a certain competition between the German and Danish cultures will remain on both sides of the line. They show that the minority agreement works. The comparison with the example of Poland shows above all how little even a perfectly internationally secured legal arrangement and international guarantees are, by themselves, able to achieve.

Despite few celebrated exceptions it remains true that after World War I the states of Europe did not grasp the opportunity to achieve a lasting peace. Compared to the protection of minorities in old Austria the settlements after the War brought no improvement in their wake⁴³. Actually, Austro-Hungary, organized, as it was, supranationally, had endeavored to play down ethnic conflicts without disavowing them, and tried to do justice to minorities at the local level by offering them extensive autonomy. This system, at that time, was doomed to failure, because nationalistic movements were forthcoming with uncontrollable vehemence. If one day this nationalism is to be overcome the example of Austro-Hungary can be utilized more profitably as a model than the system of protection resorted to after World War I.

42 *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, I. Vol., pp. 208 ff., Tübingen 1952.

43 Laun p. 254, Brockhausen in "Juristische Wochenschrift" p. 1294 — Leipzig 1924.

Bibliography

- Amtliche Sammlung der Stellungnahmen des Präsidenten der Gemischten
- Kommission für Oberschlesien — Berlin, Leipzig 1937
- V. Balogh, Arthur — Der internationale Schutz der Minderheiten — München 1928
- Berber, Friedrich — Lehrbuch des Völkerrechts, I. Band: Allgemeines Friedensrecht — München, Berlin 1960
- Bruns, Carl Georg — Minderheiten als Völkerrecht — Breslau 1928
- Claude, Inis L. jr. — National Minorities, an International Problem — Cambridge 1955.
- Dahm, Georg — Völkerrecht I — Stuttgart 1958
- Demichel, André — L'Évolution de la Protection des Minorités depuis 1945, In: *Revue Générale de Droit International Public* — Paris 1960
- Eisenmann, Louis — Le Compromis Austro-Hongrois — Paris 1904
- Feinberg, Nathan — La Juridiction de la Cour Permanente de Justice dans le Système de la Protection Internationale des Minorités — Paris 1931.
- Gumpert, Jobst — Polen — Deutschland — München 1966
- Jäckel, Eberhard — Die Schleswig-Frage seit 1945 — Frankfurt a.M., Berlin 1959
- Janowsky, Oscar I. — Nationalities and National Minorities — New York 1945.
- Jellinek, Georg — Das Recht der Minoritäten — Wien 1898
- Kraus, Herbert — Das Recht der Minoritäten — Berlin 1927
- Laun, Rudolf — Zum Problem der Behandlung der nationalen Frage durch internationale Organisation. In: *Festschrift für Klaus Wehberg* — Frankfurt a.M. 1956.
- Modeen, Tore — The International Protection of National Minorities in Europa — Abo 1969.
- Protection of Minorities, Publication of the *United Nations* — New York 1967.
- Robinson, Jacob — Were the Minority-Treaties a Failure? — 1943
- Sutter, Berthold — Die Badenischen Sprachenverordnungen von 1897 — — Graz, Köln 1960 und 1965

- Temperley, H.W.V. — A History of the Peace Conference of Paris, Volume V: Economic Reconstruction and Protection of Minorities — London 1921.
- V. Truhart, Herbert — Völkerbund und Minderheitenpetitionen — Wien, Leipzig 1931.
- Viefhaus, Erwin — Die Minderheitenfrage und die Entstehung der Minderheitenschutzverträge auf der Pariser Friedenskonferenz 1919 — Würzburg 1960.
- Yinger, J. Milton — Recent Developments in Minority and Race Relations. In: The Annals of the American Academy of Political and Social Science, Volume 378 — Philadelphia 1968.

**(iv) Les droits linguistiques et culturels des minorités
en Europe**

W. J. Ganshof van der Meersch,
(Université de Bruxelles)

Avec la collaboration de

A. Vanwelkenhuyzen
(Université de Bruxelles)

**(iv) Language and Cultural Rights of Minorities in
Europe**

W. J. Ganshof van der Meersch,
(University of Brussels)

With the Cooperation of

A. Vanwelkenhuyzen
(University of Brussels)

Mai 1971 May

Table des matières

Chapitre préliminaire:

Objet et méthode du rapport.

Notions fondamentales en matière de réglementation de

l'emploi des langues 131

Objet et méthode du rapport 131

La notion de «langue officielle» (ou «nationale»)..... 134

Les notions de «communauté linguistique» ou «culturelle», de «minorité linguistique» et de «majorité linguistique».

Principes relatifs à la reconnaissance des communautés et des minorités linguistiques 134

La notion de «droits linguistiques» 136

Le principe de l'égalité des cultures 138

La notion de «région linguistique» 139

Le principe de l'autonomie culturelle 141

Chapitre 1:

L'emploi des langues et la loi 142

1^o Rédaction de la loi dans les différentes langues natio- nales 142

2^o Usage des langues dans les assemblées représentatives 144

3^o La réglementation de l'emploi des langues par la loi 145

Chapitre 2:

L'emploi des langues au gouvernement..... 146

1^o L'emploi des langues dans les délibérations gouverne- mentales 146

2° La «structure linguistique» du gouvernement	148
--	-----

Chapitre 3:

L'emploi des langues dans l'administration et à l'armée.....	150
1° Principe du libre choix, par l'administré, de la langue de ses rapports avec l'administration	151
2° Le principe de l'homogénéité culturelle des régions	152
3° Le principe de l'égalité d'accès aux emplois publics	155
4° L'usage des langues au sein de l'administration elle-même	157
5° Problèmes spécifiques à l'armée et à la gendarmerie nationale	158

Chapitre 4:

L'emploi des langues en justice	159
1° Le droit du justiciable d'user de sa langue en matière pénale	160
2° Le choix de la langue en matière civile et commerciale	161
3° L'unité de jurisprudence	162
4° L'accès aux fonctions judiciaires	163

Chapitre 5:

L'emploi des langues dans l'enseignement.....	164
1° Le principe de la liberté du père de famille	164
2° Le principe de l'homogénéité linguistique des régions	167
3° Le droit des minorités linguistiques d'obtenir la création d'un enseignement dans leur langue	168
4° L'enseignement d'une seconde langue	170
5° L'autonomie culturelle en matière d'enseignement	171
6° Le rejet de toute discrimination arbitraire	172

Chapitre 6:

La protection de la vie privée et l'usage des langues	174
1° Le pincipe de la liberté de l'usage des langues dans la vie privée	174

2° Le principe de la liberté de l'usage de la langue dans les cérémonies du culte	175
3° L'interdiction des discriminations fondées sur la langue	176

Chapitre 7:

L'emploi des langues dans la vie économique et sociale	177
1° Solidarité entre «l'économique» et «le linguistique»	177
2° Le principe de la liberté d'emploi des langues par les particuliers	179
3° Emploi des langues dans les relations entre employeurs et travailleurs	179
4° Emploi des langues dans les actes et documents imposés par les lois et les règlements	180
5° Extension du champ d'application de la législation sur l'emploi des langues	181

Chapitre 8:

Les mécanismes institutionnels relatifs à la protection et à la garantie des droits linguistiques	182
1° Création de régions ayant leurs institutions propres	182
2° Le dédoublement des institutions du pouvoir central ou fédéral	185
3° La division des institutions du pouvoir central pour l'exercice de certaines de leurs attributions	186
4° Les mécanismes institutionnels destinés à protéger les minorités linguistiques	187
Conclusions	191

Chapitre préliminaire

Objet et méthode du rapport. Notions fondamentales en matière de réglementation de l'emploi des langues

Objet et méthode du rapport.

Suivant sa lettre du 17 novembre 1970, la Commission d'Enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques au Québec, a exprimé le vœu que l'auteur lui donne son

«opinion sur les principes juridiques, idéologiques et historiques qui ont présidé en Europe à l'aménagement, la réglementation et la protection des droits linguistiques et culturels des minorités linguistiques».

Le présent rapport ne procédera donc pas à une description complète et détaillée des différents régimes de protection et de réglementation des droits linguistiques et culturels qui sont ou ont été en vigueur en Europe.

Le rapporteur s'est maintenu au niveau des *principes*, sauf à préciser, à l'occasion de certains exemples, les règles particulières qui lui ont paru les plus adéquates pour illustrer sa pensée et mieux démontrer les effets réels et pratiques d'un certain nombre de règles générales. Des indications plus complètes sur les phénomènes d'intérêt particulier ont été reportées dans les annexes (*).

(*) L'annexe n° 1 contient essentiellement des précisions sur les systèmes juridiques pris comme exemples des principes exposés dans le rapport. Les chiffres entre parenthèses apparaissant dans le texte du présent rapport renvoient aux numéros de cette première annexe.

D'autres annexes ont pour objet des études fournies par ou à l'intervention de correspondants étrangers.

Nous tenons à remercier ici tout particulièrement M. le Conseiller fédéral H.P. TSOHUDI, M. le Conseiller fédéral L. VAN MOOS et M. DOMINICE. Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Genève, qui nous ont documenté sur le droit de la Confédération helvétique et de certains Cantons suisses. Nos plus vifs remerciements vont

Ces principes sont essentiellement d'ordre *juridique* et d'ordre *idéologique*, c'est-à-dire qu'ils constituent des normes de droit positif à caractère général — non nécessairement exprimées comme telles dans un texte, mais qui se dégagent des diverses sources du droit positif — et des expressions, à caractère général également, des fins ultimes en vue desquelles ceux qui exercent le pouvoir ou qui y sont candidats, agissent ou manifestent l'intention d'agir.

De tels principes ne sont évidemment pas uniformes; ils varient de pays à pays et sont sujets à évolution; les conditions économiques et sociales les influencent. L'observation de leurs changements, des altérations qu'ils subissent comme des corrections successives qui y sont apportées, permet, dans une certaine mesure, d'établir des liens de causalité, de mettre en rapport les faits sociaux et le droit qui tend à les régir, de déterminer l'action réciproque des réalités humaines et de la norme juridique.

Le présent rapport ne dégagera donc pas des principes *historiques* de la même manière qu'il tentera d'énoncer des principes juridiques ou idéologiques, mais il proposera, avec toute la prudence qui s'impose, de tirer des enseignements de l'histoire de quelques pays européens.

Il a paru que le point de départ de toutes les réflexions devait nécessairement être le droit positif de pays européens où se sont présentés et où se présentent encore des «problèmes linguistiques» plus ou moins aigus.

Nous nous référerons souvent au droit belge, aujourd'hui particulièrement abondant dans la matière de l'emploi des langues et des relations entre les communautés culturelles. Ce droit a connu une évolution qui comporte de nombreux enseignements dont certains, en raison d'analogies déterminées entre la situation politique, sociale et culturelle du Québec et celle de la Belgique, apporteront sans doute à la Commission d'Enquête des éléments d'appréciation utiles à l'accomplissement de sa mission.

aussi à M. le Professeur Ed. VITTA, Président de la Faculté d'Économie et de Commerce de Cagliari, et à M. le Professeur ISGRO, Membre de la Chambre des Députés d'Italie, qui nous ont fourni de précieux éléments sur le statut spécial du Trentin-Haut Adige. Ils vont enfin à nos collègues M. le Recteur Bor. T. BLAGOJEVIC, Directeur de l'Institut de Droit Comparé de Belgrade, et D. MITROVIC, professeur à la Faculté de droit de Belgrade, qui nous ont apporté de précieuses indications sur les droits linguistiques en Yougoslavie.

Nous remercions aussi M. G. SOUMERYN, chargé de recherche au Centre Interuniversitaire de Droit Public, qui nous a assisté dans la préparation de ce rapport, spécialement pour le chapitre 8.

D'autres annexes contiennent des textes légaux ou réglementaires qui nous ont paru d'un intérêt tout particulier, des cartes et des données statistiques.

Le champ de nos investigations et l'aliment de nos réflexions comprend cependant aussi les droits d'autres pays européens, notamment le droit de la République socialiste fédérative de Yougoslavie, la législation fédérale de la Confédération helvétique et la législation propre à certains de ses Cantons bilingues ou plurilingues. Le statut spécial réservé par l'Italie à la région du Trentin-Haut Adige nous a servi d'exemple de régime juridique accordé à une minorité ethnique relativement peu nombreuse située dans un grand pays dont elle ne parle pas la langue officielle (*).

Enfin, le droit d'organisations internationales européennes livrera des exemples d'un intérêt particulier puisque ces institutions associent des pays de langues différentes qui traitent sur un pied de parfaite égalité en vertu du principe même de la souveraineté des États et sans les «complexes» que sa situation minoritaire confère à un groupe ethnique au sein d'un État.

Par ailleurs, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et ses protocoles additionnels, sans reconnaître des «droits linguistiques» comme tels, retient de ceux-ci les éléments sans doute les plus fondamentaux, en proscrivant les discriminations fondées sur la langue, sur l'origine nationale ou sociale ou encore sur l'appartenance à une minorité nationale (art. 14 de la *Convention*) et en reconnaissant le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 de la *Convention*).

Se plaçant au niveau des principes, ainsi qu'il a été dit, le rapporteur formule, à partir de l'ensemble des textes de droit positif qui doivent retenir l'attention, des observations et des réflexions de caractère général. Il tente de dégager de cet ensemble un certain nombre de *systèmes juridiques* suivant leurs fondements essentiels: système basé essentiellement sur un principe de liberté individuelle; système tendant principalement à garantir l'égalité devant la loi; système perfectionnant le précédent, en veillant à donner à cette égalité un caractère concret par une protection accrue en faveur des citoyens économiquement ou socialement faibles; système de protection des minorités; système assurant l'autonomie culturelle des groupes ethniques (ou des «communautés»), etc.

(*) Certes, il existe de nombreux autres pays européens où se présentent également des «problèmes linguistiques», Chypre, l'Espagne, la Finlande, la Pologne, l'U.R.S.S., par exemple. Mais on ne les a pris en considération que de manière exceptionnelle. Il ne nous a pas semblé que les expériences qui peuvent en être tirées puissent «guider» la Commission d'Enquête sur la situation de la langue française et les droits linguistiques au Québec, «dans son évaluation de la situation au Canada et dans les recommandations qu'elle fera éventuellement au Gouvernement du Québec».

La notion de «langue officielle» (ou «nationale»).

Dans la conception suivant laquelle la «nation» est, fondamentalement, une communauté d'hommes unis par le désir de vivre sous les mêmes lois et sous le même gouvernement, la langue apparaît comme l'une des caractéristiques du groupe social considéré: plusieurs nations distinctes peuvent avoir la même langue; une nation peut être — et ce ne sera là que l'un de ses traits particuliers — bilingue ou plurilingue. Mais une langue parlée par un groupe important de nationaux constitue toujours un élément du patrimoine culturel de la nation: c'est une langue nationale.

Une langue nationale ne devient langue *officielle* qu'à partir du moment où, en droit ou même seulement en fait, elle est utilisée par les autorités publiques dans les actes de leur compétence (1).

Les notions de «communauté linguistique» ou «culturelle», de «minorité linguistique» et de «majorité linguistique». Principes relatifs à la reconnaissance des communautés et des minorités linguistiques.

Dans le présent rapport, nous nous inspirerons en général de la terminologie du droit belge. Celui-ci use de l'expression «*communauté culturelle*», pour désigner les citoyens qui parlent une même langue nationale (2). La notion de «*culture*» paraît des plus difficiles à circonscrire sur un plan général; plusieurs acceptations du mot pourraient être proposées; il n'est rien moins que certain que la culture soit indissolublement liée à la langue; aussi, l'expression «*communauté linguistique*» paraît plus juste pour désigner ce que le droit belge entend aujourd'hui par «*communauté culturelle*». C'est donc «*communauté linguistique*» que nous dirons dans la suite de ce rapport.

(1) L'article 116 de la *Constitution fédérale suisse* suivant lequel l'allemand, le français, l'italien et le romanche sont les langues *nationales* de la Suisse, tandis que l'allemand, le français et l'italien sont les langues *officielles* de la *Confédération*.

Voyez, aussi la *loi belge du 19 septembre 1831* — depuis longtemps abrogée — qui décidait que le texte officiel des lois serait le français; il pouvait en être établi une traduction dans l'autre langue nationale (le flamand), mais cette version n'avait pas, comme telle, force obligatoire. Encore actuellement, la langue allemande, utilisée pour certains actes administratifs, n'est pas une langue officielle pour le pouvoir législatif.

(2) Sous le titre I *bis*, «*les communautés culturelles*», figure depuis le 24 décembre 1970 un article 3 *ter* dans la *Constitution belge*, qui dispose: «*La Belgique comprend trois communautés culturelles: française, néerlandaise et allemande. Chaque communauté a les attributions qui lui sont reconnues par la Constitution ou par des lois prises en vertu de celle-ci.*»

Une «*minorité linguistique*» ne peut se définir que par rapport à un territoire déterminé: un groupe d'hommes qui y parlent une même langue (3), mais qui y sont moins nombreux qu'un autre groupe d'hommes qui, au sein de la même unité territoriale, parlent, de leur côté, une même langue et qui constituent la «*majorité linguistique*».

Une majorité linguistique peut ne disposer que de moins de droits qu'une minorité. C'est ce qui s'est passé en Belgique: pour des raisons d'ordre social avant tout, les Flamands (néerlandophones) qui ont toujours été les plus nombreux dans le pays, n'ont, pendant longtemps, pas obtenu que leur langue soit reconnue comme langue officielle à l'égal du français. Les francophones ne constituaient évidemment pas, à cette époque, une majorité linguistique, mais un «*groupe linguistique dominant*». La situation du groupe dominant s'apparente d'ailleurs de près à celle de la majorité linguistique. Le développement du principe démocratique et, notamment, l'introduction du suffrage universel tendent à lui faire perdre sa situation privilégiée.

Il semble bien qu'en règle générale, la reconnaissance de communautés linguistiques et de minorités linguistiques n'obéisse pas à des règles ou à des principes *juridiques*.

Ce n'est pas dans les conditions fixées à l'avance par une règle de droit, mais sous une pression sociale plus ou moins vive que les gouvernants sont amenés à reconnaître officiellement les communautés culturelles. La reconnaissance de la langue comme langue nationale ou comme langue officielle précède généralement, dans pareil processus d'émancipation, la reconnaissance de la communauté linguistique minoritaire (ou dominée) comme telle, voire la reconnaissance d'une nation minoritaire (ou dominée) comme membre d'un État fédéral (4). Il va sans dire que différents facteurs sociaux peuvent accélérer ou retarder le phénomène, notamment une tendance générale de la société à se démocratiser ou le développement d'une certaine conscience «*ethnique*» qui «*valorise*» une culture déterminée (5).

Les effets de pareilles reconnaissances varient suivant les systèmes juridiques. Ils ont d'ailleurs tendance à se développer progressivement jusqu'à une situation où la minorité (ou le groupe dominé) traite d'égal

(3) Une minorité linguistique ne parle pas nécessairement une langue nationale: des étrangers peuvent constituer une minorité linguistique: ils pourraient même constituer une «*communauté*» linguistique.

(4) À des stades différents de ce processus, le Canton de Berne (problème du Jura), la Belgique et la Yougoslavie peuvent être pris pour exemples.

(5) Voyez pour la Belgique, A. LAGASSE, «*Le droit de parler sa langue*», *Journal des Tribunaux*, 1968, p. 708.

à égal avec la majorité. Cette évolution paraît toujours surprendre la majorité linguistique (ou le groupe initialement dominant) qui ne se laisse arracher ses privilèges que morceau par morceau.

La notion de «droits linguistiques».

Dans un État unilingue, la notion de «*droits linguistiques*» ne se conçoit pas. Dans un pays où les diverses communautés linguistiques ont obtenu d'être traitées sur pied de parfaite égalité, elle n'a guère de place non plus. C'est dans les États où existe un groupe linguistique dominant (majoritaire ou non) qu'apparaissent nettement certains droits spécifiques concernant l'usage de la langue du groupe dominé: ils constituent, sous forme de dérogations à la non-reconnaissance de cette langue, des prérogatives limitées qui ne sont autres que les effets, variables de pays à pays, ainsi qu'on l'a dit, de l'admission de cette langue comme langue nationale et, dans une mesure limitée, précisément, comme langue officielle.

Ces droits linguistiques n'ont rien d'absolu. Au contraire, ils n'existent que strictement dans la mesure de leur reconnaissance légale. Prérogatives limitées, ils ne revêtent dès lors pas le caractère de droits fondamentaux ou de droits de l'homme.

Les rapports entre les communautés linguistiques et la réglementation de l'usage des langues évoluent dans le temps. À chaque moment et en fonction du rapport des forces socio-politiques et de l'avancement des idées, des solutions plus ou moins heureuses peuvent être trouvées sur le terrain juridique.

Le droit de parler sa langue, la liberté linguistique ou liberté de langue (ou d'emploi des langues) n'est jamais affirmée sans des restrictions plus ou moins étendues, sujettes à interprétation (6). Certaines de ces restrictions ou l'interprétation qui en est donnée, peuvent d'ailleurs constituer des atteintes à d'autres droits fondamentaux (liberté d'opinion et d'expression, droit au respect de la vie privée, etc.).

Mais c'est essentiellement sous la forme de violations du principe d'égalité que les mesures contraires à la liberté linguistique peuvent

(6) L'article 23 de la Constitution belge dispose: «*L'emploi des langues usitées en Belgique est facultatif; il ne peut être réglé que par la loi, et seulement pour les actes de l'autorité publique et pour les affaires judiciaires*». Cette disposition, inspirée par un esprit très «libéral», a permis l'établissement d'une réglementation d'emploi des langues en matière législative, dans l'administration, à l'armée, dans l'enseignement, en justice, finalement même pour «*les entreprises industrielles, commerciales et financières*» (article 52 des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative).

recevoir une sanction juridique et surtout conférer à la liberté linguistique une valeur de droit fondamental. L'*interdiction des discriminations* fondées sur la langue représente le rempart juridique le plus sérieux contre les contraintes linguistiques et la justification fondamentale qui doit faire écarter celles-ci. Il y a cependant lieu de remarquer que, si la «*Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*» (7) comporte cette interdiction, la «*Charte sociale européenne*» ne l'a pas reprise, alors qu'elle énumère dans son préambule une série d'autres critères (race, couleur, sexe,...) qui ne peuvent fonder aucune distinction pour la jouissance des droits qu'elle proclame. Par ailleurs, l'arrêt de la Cour des droits de l'homme du 23 juillet 1968 sur les «*affaires linguistiques belges*» (8) montre que même l'interdiction de recourir au critère de la langue ne revêt pas un caractère absolu, mais s'oppose seulement à toute mesure qui y recourrait sans «*justification objective et raisonnable*».

Le Tribunal fédéral suisse a cependant reconnu que la liberté de la langue est garantie par le droit constitutionnel *non écrit*, ce qui pourrait paraître, à première vue, lui conférer un contenu très large et une valeur de principe fondamental. Il a toutefois ajouté aussitôt que l'article 116 de la *Constitution* implique une certaine protection des quatre langues du pays et, dès lors, la possibilité de prendre des mesures restreignant la liberté linguistique (9).

Les droits linguistiques conservent un caractère contingent quand ils sont fondés sur le principe de la protection des minorités — comme c'est le cas en Italie pour les droits garantis aux populations du Trentin-Haut Adige (10).

Au reste, les juristes modernes, spécialement ceux qui se préoccupent de la philosophie du droit, sont de moins en moins enclins à considérer qu'il existe des droits «*absolus*», découlant de la nature de l'homme ou de l'ordre de l'univers. Comme les droits de l'homme, les droits linguistiques trouvent leur véritable fondement dans la faculté même

(7) Art. 14.

(8) Conseil de l'Europe, Cour européenne des droits de l'homme, D. 25.558.

(9) 31 mars 1965, Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, 91^e vol., 1^{re} partie, pp. 480 et suiv. Voyez aussi le commentaire dans P. SALADIN, *Grundrechte in Wandel*, Bern, 1970, pp. 81 et suiv.

(10) Voy. art. 2 du projet de loi constitutionnelle approuvé par la Chambre le 23 janvier 1971, modifiant l'article 4 du Statut spécial du Trentin-Haut Adige. Le texte se trouve à l'annexe n° 11. L'attribution de compétences normatives à la région du Trentin-Haut Adige est fondée notamment sur le respect d'obligations internationales et sur le respect des intérêts nationaux; parmi ceux-ci figure la «*tutela delle minoranze linguistiche locali*».

de se donner librement des lois (11). Ils relèvent du *droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* (12) et, dans une large mesure, leur développement, dans les régions où il existe des ethnies concurrentes, est lié à la *démocratisation des structures étatiques*. Si leur réalité concrète dépend essentiellement de leur reconnaissance par le droit positif, comme c'est le cas pour tous les droits subjectifs, cette reconnaissance elle-même représente un progrès social dans le sens d'une démocratie plus respectueuse de la volonté des individus et des collectivités naturelles qu'ils forment entre eux.

L'idée que ces droits linguistiques ne sont cependant que «relatifs» conduit sans doute à accepter plus facilement que leur reconnaissance puisse comporter certains «*compromis*».

Le principe de l'égalité des cultures.

Si la loi peut régir l'emploi des langues, le système qu'elle établit ne saurait se réclamer d'un jugement sur la valeur intrinsèque des langues ou des cultures en concurrence.

Même dans un pays comme la Belgique où une langue internationale se trouve en compétition avec une langue d'un rayonnement sensiblement moins considérable, cette situation n'a pu justifier ni assurer le maintien d'aucune préférence pour le français. En Yougoslavie, les tentatives faites pour donner l'hégémonie à la langue serbe ont suscité une opposition farouche de la part de la population croate, dont la langue est pourtant très proche du serbe.

Une fois qu'une culture est considérée comme l'une des cultures nationales, elle mérite un respect égal à celui qui est accordé aux autres cultures nationales. Les autorités doivent lui reconnaître une même importance si elles ne veulent pas accumuler les rancœurs et accroître les tensions.

Tous les problèmes culturels ne se trouvent pas résolus pour autant. Il suffit de songer aux problèmes budgétaires: l'évaluation des *crédits de l'État destinés aux diverses cultures* peut faire l'objet de discussions fort pénibles si les populations qui sont attachées à ces cultures diverses sont numériquement inégales. En Belgique, les crédits destinés à

(11) Cons. Institut international de Philosophie, *Le fondement des droits de l'homme*, Actes des entretiens de l'Aquila, Introduction du professeur Guido Calogero, président de l'Institut international de Philosophie, sur la valeur universelle des droits de l'homme, Florence, 1966, pp. 141 et 149.

(12) Voyez Th. VEITER, «*Fédéralisme, droit des peuples au sol natal et droit d'autodisposition*», *Justice dans le Monde*, 1967, pp. 23 et s.

promouvoir chacune des deux grandes cultures doivent être déterminés l'un par rapport à l'autre «en fonction de critères objectifs»; ceux-ci seront fixés par la loi (art. 59 *bis*, § 6 de la *Constitution*); en attendant que cette loi soit adoptée, la répartition des crédits est âprement discutée.

La notion de «région linguistiques».

Dans les pays bilingues ou plurilingues, la réglementation relative à l'emploi des langues entraîne généralement un découpage du territoire en subdivisions ayant chacune leur régime linguistique propre. Une région linguistique n'est pas autre chose que l'une de ces subdivisions du territoire, dotée d'une réglementation de l'usage des langues par les autorités publiques.

On s'efforce de créer des régions unilingues où la loi pourra se borner à prévoir l'usage de la langue de la région pour l'administration, l'enseignement, la justice, etc.

Dans d'autres régions, où des populations parlant des langues différentes résident ensemble, plus ou moins intimement mélangées, le régime linguistique sera établi en tenant compte dans une mesure plus ou moins large de la proportion de chacune des populations dans le nombre total d'habitants.

Il semble bien que dans les régions où, soit l'équilibre numérique entre les populations de langues différentes, soit d'autres raisons (13) ont justifié un régime d'égalité entre les langues, peu de difficultés surgissent dans l'application aux particuliers des règles établies. Chacun peut faire usage de sa langue dans ses rapports avec l'autorité publique. Des revendications ou des récriminations peuvent cependant encore être formulées soit lorsque la réglementation établie est volontairement ou involontairement violée, soit — ce qui est plus grave — lorsque le respect du principe de l'égalité d'accès aux fonctions publiques paraît méconnu. Nous retrouverons plus loin, dans les chapitres consacrés à l'emploi des langues dans l'administration, à l'armée et en justice, ce problème de l'égalité dans le recrutement des titulaires de fonctions publiques.

(13) À Bruxelles (dix-neuf communes formant l'agglomération) le français et le néerlandais sont mis sur pied de parfaite égalité quant à leur usage par l'administration (même par l'administration locale) alors que la population francophone paraît bien, à elle seule, se situer fort près de 80% de la population totale.

Les régimes qui se bornent à reconnaître des droits limités, des «*facilités*» (14) à la communauté linguistique minoritaire et aux individus qui la composent, ne sauraient donner satisfaction à cette minorité. Celle-ci considère que les concessions qui lui ont été faites sont insuffisantes, surtout si elle constitue un groupe démographique en expansion.

La question la plus épineuse, en ce qui concerne la division en régions linguistiques, est celle de la délimitation de ces régions. Parfois, les circonstances, les données de la géographie humaine, par exemple, imposent clairement une solution. Mais souvent, les «*frontières linguistiques*» sont difficiles à tracer.

Le recours au referendum parmi les populations intéressées paraît, à première vue, la solution la plus conforme au principe démocratique, au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (15). Mais cette méthode présente nécessairement des inconvénients lorsque le territoire dont le régime linguistique est controversé est habité par des populations de langues différentes intimement mélangées et entre lesquelles le déséquilibre numérique risque d'entraîner la domination du groupe linguistique majoritaire sur une minorité plus ou moins importante. La loi du nombre peut devenir celle de l'oppression.

Une consultation des population intéressées, si elle est considérée comme un simple élément d'information qui doit éclairer l'autorité gouvernementale compétente pour décider les limites des régions, pourra, dans certains cas, avoir surtout pour effet d'exciter les passions et de susciter des controverses sans fin, si la décision finale n'est pas strictement conforme aux vœux de la majorité, c'est-à-dire si l'on ne traite pas cette consultation comme un referendum.

Le «*recensement linguistique*», apparemment plus objectif, se transforme rapidement en consultation populaire déguisée, si les populations intéressées savent — ce qui sera normalement le cas — que leurs ré-

(14) En Belgique, différentes communes connaissent un régime dit «*à facilités*». La langue de la région est la langue officielle. Mais suivant les cas, des avis et des communications destinés au public sont rédigés dans la langue de la minorité, les rapports de l'administration avec les particuliers appartenant à la minorité peuvent avoir lieu dans leur langue, certains actes (actes de l'état civil, par exemple) peuvent être rédigés dans la langue de la minorité, un enseignement primaire dans la langue de la minorité peut, à certaines conditions, être créé ou subsidié par les pouvoirs publics, etc.

(15) Voyez l'exemple du Canton de Berne où il est permis aux districts jurassiens de s'ériger en canton distinct, c'est-à-dire, en définitive, de constituer une région linguistique autonome.

ponses au recensement influenceront le régime linguistique qui leur sera appliqué (16).

L'enquête sociologique menée par des spécialistes sera fatalement contestée par ceux que ses résultats décevront. L'objectivité, voire la probité des enquêteurs sera mise en doute. L'interprétation des résultats de l'enquête et les conclusions à en tirer sur le plan pratique feront l'objet de nouvelles discussions...

Le constituant belge vient de décider que les limites des régions linguistiques ne pourraient plus désormais être modifiées que par la loi (17). Il a même ajouté que cette loi devrait être adoptée à une majorité spéciale (majorité des suffrages dans chaque groupe linguistique de chacune des deux Chambres législatives, combinée avec la majorité des deux tiers sur le total des membres de chacune des Chambres). Le système est lourd; il aboutit à «*clicher*» les limites des régions. La fixité des frontières linguistiques peut être une bonne chose dans certaines circonstances, mais les réalités démographiques ne peuvent être ignorées trop longtemps.

Aucun système précis ne paraît pouvoir être préconisé de manière générale. Entre des systèmes qui ne sauraient être parfaits, nos préférences iraient au recours au referendum, mais à un referendum dont les conséquences seraient déterminées par un cadre légal. La loi est générale et abstraite; elle pourra protéger les minorités quelles qu'elles soient et réserver les droits acquis sans distinguer entre leurs titulaires suivant la langue qu'ils parlent.

La sagesse du législateur sera d'aménager la règle de telle sorte qu'elle paraisse tout à fait équitable au plus grand nombre possible, ce qui implique en tous cas qu'elle ne puisse être considérée comme ne devant jouer en fait qu'«*en faveur*» de l'une des communautés linguistiques. La loi perdra son autorité — ce qui met la démocratie elle-même en péril — si elle apparaît, même à tort, comme un instrument de l'«*impérialisme linguistique*» d'une communauté (18).

Le principe de l'autonomie culturelle.

Le principe de l'autonomie culturelle *qui peut s'appliquer indépendamment d'un découpage en régions linguistiques* peut s'énoncer assez sim-

(16) Voyez P. LEVY, «*Consultation populaire, recensement et referendum*», *Le Soir*, 10-11 mai 1970, p. 2.

(17) Article 3 *bis* promulgué le 24 décembre 1970.

(18) Dans tous les pays où les problèmes linguistiques deviennent aigus, on constate des cas de désobéissance à la loi, de «*résistance civile*», dans le chef de citoyens par ailleurs parfaitement honorables.

plement: les décisions qui intéressent la culture, c'est-à-dire la littérature et les beaux-arts, l'enseignement, la recherche scientifique, les moyens de diffusion de masse («*mass media*»), voire les sports, doivent être prises par des autorités composées de personnes appartenant à la communauté linguistique que ces décisions concernent et, de préférence, choisies démocratiquement par cette communauté linguistique elle-même (19).

L'application de ce principe pourra, dans une large mesure, réduire les tensions entre les communautés.

Nous verrons plus en détail, au chapitre 8, comment il peut donner naissance à *certaines institutions*.

Chapitre 1:

L'emploi des langues et la loi.

La loi, expression souveraine de la volonté de la nation dans un État démocratique, doit être formulée dans les diverses langues nationales. Elle doit même être conçue et élaborée dans ces langues. Les membres des assemblées représentatives, qui délibèrent sur les projets et propositions de loi, doivent pouvoir user de la langue nationale de leur choix. Enfin, seule la loi peut régler l'emploi des langues pour les autres actes des autorités publiques.

1° Rédaction de la loi dans les différentes langues nationales.

Dans la plupart des pays plurilingues d'Europe, une loi ne saurait revêtir le caractère obligatoire qu'après avoir été formulée et publiée dans les différentes langues parlées par les citoyens (20). Chacun de

(19) L'article 59 *bis* de la *Constitution belge* (promulgué le 24 décembre 1970) énumère en son paragraphe 2 les matières qui sont de la compétence des conseils culturels. Il y comprend les «*matières culturelles*» et laisse au législateur (statuant à la majorité spéciale prévue pour décider d'une modification des limites des régions) le soin d'arrêter ces matières. Il semble que l'énumération, qui reste à faire, doive être influencée par des considérations qui tiennent à des particularités de la vie politique belge. Il est peu probable qu'on puisse en tirer des conclusions valables pour un autre pays.

(20) Dans la plupart des pays de l'Europe occidentale, une loi ne devient obligatoire que si elle est effectivement connue des citoyens ou, du moins, si elle a pu être connue d'eux. Elle ne saurait donc devenir obligatoire qu'après avoir été publiée. C'est par identité de motifs qu'une loi ne saurait revêtir le caractère obligatoire qu'après avoir été formulée dans la langue ou dans les langues parlées par les citoyens. L'idée fondamentale qui justifie ces règles relatives à la force obligatoire

ceux-ci a le droit de connaître, sans se heurter à une difficulté de langue, les règles de conduite que le corps social entend lui imposer (21).

Une communauté linguistique trouve, dans la publication de la loi dans sa langue, une reconnaissance de son existence et de ses droits collectifs. Sa langue devient du même coup, au moins dans une certaine mesure, une langue officielle (22).

Le respect de la personne humaine et la considération due aux communautés linguistiques imposent donc l'un et l'autre la rédaction des lois dans les différentes langues nationales. La Belgique et la Suisse paraissent en être devenues progressivement conscientes (23). En Yougoslavie, le *Journal officiel* paraît en quatre éditions, bien que le pouvoir ne reconnaisse que «trois langues» nationales, le serbo-croate, le slovène et le macédonien; la première de ces langues présente, en effet, deux variantes et il a semblé nécessaire que les lois fussent rédigées dans chacune d'elles. L'existence de plusieurs versions du même texte peut poser des problèmes.

En Belgique, la loi dispose que «les divergences qui peuvent exister entre les textes français et les textes néerlandais sont résolues d'après la volonté du législateur, déterminée suivant les règles ordinaires d'interprétation sans prééminence de l'un des textes sur l'autre» (24).

des lois, est un principe individualiste qui contribue à garantir le respect de la personne humaine: l'individu a le droit de connaître les règles de conduite que le corps social entend lui imposer; de cette manière d'ailleurs, il pourra s'y conformer et éviter les sanctions que la violation de ces règles pourrait entraîner à son égard. Voyez H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, n° 197; voyez aussi J. B. HERZOG et G. VLACHOS, *La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé*, Paris, 1961. — En droit anglais, cependant, la sanction royale rend la loi obligatoire indépendamment de toute publication.

(21) Il peut se faire aussi que le citoyen doive pouvoir prendre connaissance d'une règle à l'état de projet, en sa qualité d'organe du pouvoir législatif. Voyez Mario PEDRAGGINI, «Le problème linguistique», *Annuaire de la Nouvelle société*, 1963, pp. 184 et ss., ici, p. 185.

(22) Voyez *supra*, Chapitre préliminaire, p. 144.

(23) En Belgique, depuis la loi du 18 avril 1898 relative à l'emploi de la langue flamande dans les publications officielles ou loi dite «d'égalité» (aujourd'hui remplacée par la loi du 31 mai 1961 citée à la note 24 ci-dessous). Dans la *Confédération helvétique*, les éditions allemande et française de la Feuille fédérale sont depuis longtemps déjà équivalentes; l'édition italienne est longtemps demeurée moins complète; actuellement, le «*Foglio federale*» paraît simultanément.

(24) Art. 7 de la loi du 31 mai 1961 relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires. Le Conseil d'État estime que, lorsque le texte français de la loi,

En Suisse, où trois textes sont considérés comme égaux, le Tribunal fédéral a élaboré une jurisprudence qui a la même portée; il s'agit de découvrir laquelle des trois versions reflète le plus fidèlement la volonté du législateur (25).

Le *Journal officiel des Communautés européennes* paraît dans les quatre langues officielles des États membres: allemand, français, italien et néerlandais.

Il est cependant rare que, dans un pays plurilingue, la règle qui veut que la loi soit établie dans les différentes langues nationales soit intégralement suivie. Surtout si l'on entend ici le mot loi dans le sens large de «*loi matérielle*» et si l'on se réfère à des pays où les communautés linguistiques sont numériquement très inégales.

Ainsi, en Suisse, les projets d'arrêtés fédéraux qualifiés d'urgents et les arrêtés dits simples ne sont pas publiés en italien et les Rétoromanches ne disposent que d'une *traduction* (pas d'un texte authentique) dans leur langue de quelques codes ou lois importants.

En Belgique, où l'égalité entre les langues paraît aujourd'hui avoir été poussée très loin, les arrêtés royaux ou ministériels peuvent être unilingues «*quand ils se rapportent exclusivement soit à la région de langue française ou de langue néerlandaise, soit à un des cadres ou rôles linguistiques des services visés aux articles 39 à 47*» (services dont l'activité s'étend à tout le pays) (26).

2° Usage des langues dans les assemblées représentatives.

Le représentant de la Nation exprime tout naturellement son opinion dans une langue nationale, celle de ses électeurs. En général, toute liberté est reconnue au parlementaire de prononcer des discours devant l'assemblée dont il est membre, dans la langue de son choix.

En Suisse, chaque député a *théoriquement* le droit de se servir de l'une des trois langues officielles. Mais seuls le français et l'allemand sont,

mis en regard du texte néerlandais, est équivoque, il convient de rechercher l'intention du législateur dans les travaux préparatoires (arrêt Ameloot, n° 9.590, 27 septembre 1962, Arr. et Av. C.E., 1962, p. 752). Voyez aussi Cass. 18 déc. 1939, *Pas.* 1939, I, 525; 27 mars 1950, *Pas.* 1950, I, 536.

(25) Voyez E. TILHO, «*Note sur l'égalité et l'usage des langues nationales en Suisse*», *Journal des Tribunaux*, n° 1941, I, p. 263, cité par B. DUTOIT, «*Droit et plurilinguisme en Suisse*», *Travaux du dixième Colloque international de Droit comparé*, Ottawa, 1969, p. 45.

(26) Art. 56 des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative. Avrai dire, cette disposition paraît n'avoir reçu que peu d'application.

en fait, constamment utilisés dans les délibérations. L'on voit ici l'effet de l'appartenance à un groupe nettement minoritaire (27).

En Belgique, le souci d'assurer le bilinguisme du fonctionnement des assemblées est poussé très loin. Les règlements des Chambres prévoient l'impression de tous les documents parlementaires dans les deux langues, les *Annales parlementaires* reproduisent les discours et les interventions en français ou en néerlandais suivant la langue dans laquelle ils ont été prononcés, il existe une édition française et une édition néerlandaise du *Compte rendu analytique* des débats de chacune des assemblées, un système de traduction simultanée permet à tous les parlementaires de suivre intégralement les débats. Aucune disposition ne prescrit que le président doit être bilingue, mais il paraît exclu qu'un unilingue puisse occuper cette fonction car le président dirige les débats, accorde et retire la parole, met les résolutions au vote en tenant compte de la langue des orateurs et des intervenants et, parfois même, il répète dans la seconde langue des indications destinées à l'ensemble de l'assemblée qu'il a d'abord dites dans une première langue. Cet ensemble de précautions paraît avoir évité les incidents relatifs à l'emploi des langues au sein des assemblées législatives.

De la même manière, le Règlement intérieur de l'Assemblée parlementaire européenne laisse aux membres de cette assemblée le choix entre les quatre langues officielles des Communautés européennes. Mais la traduction simultanée dans les trois autres langues est assurée et le compte rendu des débats est publié dans chacune des langues officielles (28).

3° La réglementation de l'emploi des langues par la loi.

Dans la mesure où l'emploi des langues est réglementé, par exemple pour les actes des autorités administratives, il est logique de prévoir que les principes de cette réglementation seront inscrits dans une loi (au sens formel) puisque cette réglementation va toucher aux «*droits linguistiques*» des individus, éventuellement les limiter ou permettre d'y déroger.

(27) En Belgique, au XIX^e siècle, les parlementaires étaient en grande majorité francophones, bien que les Flamands (néerlandophones) fussent la majorité au sein de la nation. En 1888, plus de cinquante ans après la proclamation de l'indépendance, un député flamand osa, pour la première fois, prononcer une partie de son discours en néerlandais. Cela fit scandale.

Voyez *Annales parlementaires de la Chambre*, 27 novembre 1888, pp. 53 et suiv.

(28) Art. 15 et suiv., *Journal Officiel des Communautés*, 1958, pp. 217 et suiv., ici, pp. 222 et suiv. Dans les commissions, il peut être décidé, de commun accord, de renoncer à la traduction simultanée.

L'article 23 de la *Constitution belge* dispose que «*l'emploi des langues usitées en Belgique (...) ne peut être réglé que par la loi, et seulement pour les actes d'autorité publique et pour les affaires judiciaires*». L'attribution de la matière au législateur a d'ailleurs permis d'interpréter très largement la notion d'«*actes de l'autorité publique*».

Une organisation des pouvoirs de type fédéral ou très fortement décentralisée permet cependant de confier, dans des limites plus ou moins larges, une part de la compétence en matière d'emploi des langues à des autorités régionales, voire locales.

Les cantons suisses bilingues ou plurilingues ont déterminé eux-mêmes le régime linguistique de leurs parlements et de leurs administrations. L'autonomie accordée aux six républiques et aux deux régions autonomes de la Yougoslavie se situe notamment sur le plan linguistique et comporte l'attribution à ces entités autonomes du pouvoir de régler l'usage des langues dans leurs limites territoriales. L'article 59 *bis* de la *Constitution belge* (introduit le 24 décembre 1970) attribue aux deux conseils culturels français et néerlandais (composés des députés et des sénateurs appartenant à une même communauté linguistique) compétence pour régler par décret, à l'exclusion du législateur, l'emploi des langues pour les matières administratives, pour l'enseignement, pour les relations entre employeurs et travailleurs et pour les actes et documents des entreprises imposés par la loi et les règlements, cela dans les régions unilingues correspondant à chacun de ces deux conseils.

Nous verrons au chapitre 8 que certaines lois intéressant l'emploi des langues ou la division en régions linguistiques doivent être adoptées dans des conditions particulières. Il s'agit là d'un aspect de la protection des minorités.

Chapitre 2:

L'emploi des langues au gouvernement.

1° L'emploi des langues dans les délibérations gouvernementales.

Le pouvoir exécutif est continuellement en relation avec les gouvernés. Mais il l'est, dans une très large mesure, par l'intermédiaire de l'administration (29).

Mais avant même de s'adresser aux gouvernés, pour prendre quelque mesure importante que ce soit, les ministres délibèrent. Dans quelle langue vont-ils s'exprimer?

(29) La réglementation de l'emploi des langues par l'administration fait l'objet du chapitre suivant.

La matière ne paraît faire l'objet d'une réglementation dans aucun pays européen. Tout au plus peut-on faire état, en Belgique, d'une circulaire du Premier Ministre qui prescrit à tout ministre qui veut soumettre un problème au Conseil de cabinet de présenter une note introductive et un dossier établis dans les deux langues officielles.

La composition des gouvernements — sur laquelle nous reviendrons dans la suite (30) — a, dans la pratique, des conséquences sur l'usage des langues dans les réunions ministérielles. En Belgique, où la «*parité*» entre francophones et néerlandophones est depuis longtemps un usage et, depuis peu, une règle constitutionnelle (31), les deux langues sont utilisées par les ministres dans leurs échanges de vues. En Suisse, l'allemand l'emporte au Conseil fédéral qui, sur sept membres, compte toujours quatre conseillers alémaniques.

L'évolution qui s'est produite en Belgique est particulièrement remarquable. Avant la première guerre mondiale, il aurait été difficilement concevable que les délibérations ministérielles se déroulent dans une langue autre que le français. Aujourd'hui, personne ne songerait à contester à un ministre le droit de s'exprimer dans la langue de son choix, ni à s'étonner qu'il use de ce droit. Entre ces deux époques, le suffrage universel «*pur et simple*» a été adopté et a profondément démocratisé l'ensemble des structures politiques.

Le gouvernement est sans doute l'organe de l'État qui se ressent le moins du manque d'homogénéité de la Nation (32). La solidarité qui unit normalement les membres d'un collège exécutif, en particulier lorsqu'il est soumis au contrôle d'une assemblée représentative, facilite la recherche et l'acceptation des compromis nécessaires. L'expérience des pays européens tend à prouver que l'établissement de règles juridiques en matière d'usage des langues au sein du gouvernement est superflu. Sans doute faudrait-il même se garder d'affirmer inutilement la prééminence d'une langue déterminée, dont l'usage pourrait, dans certaines circonstances de fait, s'imposer de soi-même (33).

(30) Voyez *infra*, 2° du présent chapitre et chapitre 8.

(31) L'article 86 *bis*, introduit le 24 décembre 1970, dispose: «*Le Premier Ministre éventuellement excepté, le Conseil des ministres compte autant de ministres d'expression française que d'expression néerlandaise*».

(32) A. PIZZORUSSO, *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Milan, 1967, p. 413.

(33) On pourrait se référer ici à l'exemple des Communautés européennes dont la «*langue de travail*» prédominante est le français, bien que les trois autres langues officielles des Communautés soient, suivant les textes, mises sur un pied de parfaite égalité. Voyez F. BONN, «*Les problèmes juridico-linguistiques dans les Communautés européennes*», *Revue générale de droit international public*, 1964, pp. 708 et suiv., ici, p. 710.

Par contre, dans ses rapports avec les Chambres législatives, le gouvernement respectera strictement l'égalité des langues, du moins dans la mesure où elle est consacrée par les règles en usage au Parlement. En Belgique, où le français et le néerlandais sont, comme nous l'avons vu, placés sur un pied de parfaite égalité dans les travaux parlementaires, le Premier Ministre, depuis quelques années déjà, prononce la «*déclaration gouvernementale*» qui expose l'ensemble des projets du cabinet, partiellement en français et partiellement en néerlandais; le ministre ne distribue au Parlement, même en séance de commission, que des documents bilingues.

Le gouvernement d'un pays bilingue ou plurilingue ne pourra qu'accroître son autorité, voire sa popularité, en témoignant une égale considération pour toutes les communautés linguistiques. Ce principe inspirera dès lors ses attitudes vis-à-vis de la presse, sa manière de recourir aux instituts de radio et de télévision, son comportement à l'égard du public en toutes circonstances.

2° La «structure linguistique» du gouvernement.

Un certain équilibre est généralement recherché, dans la composition du gouvernement, entre les communautés linguistiques — on y a déjà fait allusion dans le paragraphe précédent. Nous ne saurions nous arrêter ici à l'analyse du caractère «*représentatif*» que revêt de plus en plus le gouvernement dans les pays démocratiques, non seulement au point de vue linguistique, mais de manière tout à fait générale, pour permettre en quelque sorte à tous les milieux sociaux de faire entendre leur voix au niveau de l'exécutif. Le phénomène paraît particulièrement accusé sur le plan de la représentation des communautés linguistiques. Il semble nécessaire de s'y soumettre, malgré les difficultés politiques qu'il peut susciter, pour éviter un sentiment d'injustice, voire une impression d'asservissement au sein de la communauté qui ne détiendrait pas le nombre de portefeuilles proportionné à son importance dans le pays (34).

Souvent, l'équilibre sera faussé en faveur des groupes linguistiques les moins nombreux dont la représentation au sein du cabinet dépassera plus ou moins sensiblement ce qu'une répartition strictement proportionnelle justifierait à leur profit. Il peut en être ainsi simplement parce

(34) L'un des griefs des Belges lors de la Révolution de 1830 contre les Pays-Bas était qu'un seul d'entre eux était ministre alors qu'ils représentaient la majorité de la population du Royaume. Pareil exemple, inconcevable aujourd'hui, est d'autant plus caractéristique qu'à cette époque, aux Pays-Bas, la règle constitutionnelle suivant laquelle le Roi nommait les ministres signifiait que le Roi avait réellement le droit de choisir les personnalités politiques qui jouissaient de sa confiance.

que les membres du gouvernement sont peu nombreux et que la répartition des portefeuilles ne peut pratiquement, de ce fait, se faire selon une règle rigoureusement proportionnelle (35). Il arrive aussi que la formule d'équilibre (qui pourra, dans pareil cas, être inscrite dans la *Constitution*) constitue une garantie en faveur d'une ou de plusieurs communautés minoritaires que cette «*surreprésentation*» protégera plus ou moins efficacement contre les abus de majorité (36).

Le principe de l'autonomie culturelle (37) justifie le dédoublement des portefeuilles qui concernent les «*matières culturelles*». Cette idée a été appliquée en Belgique et y jouit d'une certaine faveur, malgré l'augmentation du nombre des ministres qu'elle entraîne (38).

Le souci d'associer une minorité linguistique aux décisions gouvernementales a conduit à imaginer dans certains pays (39) un système qui consiste à faire participer exceptionnellement aux délibérations du cabinet un représentant de cette minorité lorsque les intérêts de celle-ci se trouvent précisément en cause.

Les systèmes ainsi imaginés au niveau du gouvernement de l'État unitaire ou fédéral peuvent évidemment être transposés au niveau des États fédérés, des provinces ou des autres entités régionales ou même locales.

(35) Exemple: la Suisse. Voyez, sur la coutume et les usages en cette matière. J. P. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Paris, Neufchâtel, 1967, pp. 533 et suiv.

(36) Exemple: la Belgique. Voyez *supra* note (30) et *infra* chapitre 8. Dans le chapitre 8, nous reviendrons sur cet aspect de garantie contre la minorisation que peut représenter une règle constitutionnelle (éventuellement coutumière) relative à la structure linguistique du gouvernement. Voyez d'autres exemples encore (Chypre et le Canada, notamment) dans l'ouvrage de PIZZORUSSO, cité *supra* à la note (32).

(37) Voyez *supra*, chapitre préliminaire, p. 10.

(38) Le gouvernement constitué le 17 juin 1968 compte deux ministres de l'éducation nationale, deux ministres de la culture, deux ministres des «*relations communautaires*» et deux ministres-secrétaires d'État à l'économie régionale.

(39) Voyez la participation des Présidents des Juntas des Régions à statut spécial aux délibérations du Conseil des ministres en Italie; en particulier, article 34 du *Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige* (Legge cost. 26 febbraio 1948, n° 5) qui doit être légèrement modifié selon le projet de loi constitutionnelle déjà approuvé par la Chambre italienne le 23 janvier 1971 et soumis au Sénat le 26 du même mois; le même projet de loi prévoit la modification de l'article 46 du statut pour permettre aux Présidents des Juntas provinciales de participer aux séances du Conseil des ministres lorsqu'il s'agit de questions qui regardent leurs provinces respectives. Voyez les références aux statuts des autres régions à statut spécial dans PIZZORUSSO, *op. cit.*, p. 415.

Chapitre 3:

L'emploi des langues dans l'administration et à l'armée.

Il n'est pas besoin d'insister sur l'importance d'une réglementation adéquate de l'emploi des langues par l'administration. Celle-ci incarne le plus souvent le pouvoir aux yeux des gouvernés. Indépendamment de toutes règles juridiques d'ailleurs, le comportement des fonctionnaires à l'égard des administrés qui ne parlent pas la même langue qu'eux pourra influencer très profondément le «climat linguistique» d'un pays (40).

Nous nous référerons souvent, dans ce chapitre, à l'exemple de la Belgique. Ce pays possède, en effet, depuis près d'un siècle déjà une législation sur l'emploi des langues dans l'administration. Les principes en ont profondément évolué au cours du temps. Dans son dernier état, elle constitue probablement l'ensemble de règles le plus détaillé qui ait jamais été élaboré en pareille matière (41). On peut opposer à la situation actuelle de la Belgique, celle de son voisin, le Grand Duché de Luxembourg, où le recours au français ou à l'allemand (ou encore à la «langue» luxembourgeoise) est déterminé par des usages constants, simples et souples (42).

(40) Le *Sud Tyrol* en est probablement une des meilleures illustrations. Le cas du Grand Duché de Luxembourg où l'occupation allemande durant la dernière guerre mondiale entraîna la «germanisation» intégrale de l'administration et, lors de la libération, une vive réaction contre l'usage de l'allemand, est significatif également.

(41) La loi belge la plus ancienne en la matière est celle du 22 mai 1878 «relative à l'emploi de la langue flamande en matière administrative»; elle ne comptait que deux articles. Auparavant, il existait bien un arrêté du gouvernement provisoire du 16 octobre 1830 sur l'organisation de l'armée, remplacé par un arrêté du 27 octobre 1830, pris également par le gouvernement provisoire et ayant le même objet; mais la seule disposition de ces deux textes vénérables qui nous intéresse et qui se retrouve dans tous deux, déclare simplement: «La langue française, étant la plus généralement répandue en Belgique, sera la seule employée dans les commandements». La législation actuelle qui, pour la plus grande partie, trouve son origine dans la loi du 2 août 1963 sur l'emploi des langues en matière administrative, a été coordonnée par un arrêté royal du 18 juillet 1966; le texte compte 68 articles; il faut y ajouter les 34 articles de la loi du 30 juillet 1938 concernant l'usage des langues à l'armée et se souvenir que l'emploi des langues en justice et dans l'enseignement fait l'objet d'autres lois encore (dont il sera question aux chapitres 4 et 5).

Sur la législation relative à l'usage des langues en Belgique avant 1830, voyez C. CAMBIER, *Droit administratif*, p. 187, note 1 et les références citées.

(42) «D'après des usages constants au Grand Duché, les administrations publiques emploient de préférence le français dans leurs relations entre elles et, selon le cas, le français ou l'allemand dans leurs rapports avec les particuliers» (P. MAJERUS, *L'Etat luxembourgeois*, 2^e éd., Luxembourg, 1959, p. 80).

Ce serait mal poser la question que de se demander ce qui vaut le mieux, une loi linguistique brève qui s'en tient aux principes, ou une législation et une réglementation régissant la matière de manière minutieuse. Il est trop évident qu'une loi simple et de principes seulement est préférable. Encore faut-il que tous les problèmes linguistiques qui, dans une situation définie, peuvent se poser concrètement, soient tranchés sans difficulté, avec un maximum de sécurité juridique.

Dans le présent exposé, nous devons évidemment nous en tenir aux principes essentiels qui peuvent inspirer le législateur et qui, en fait, en Belgique en particulier, lui ont, suivant les époques, dicté des solutions diverses, en fonction du champ d'application reconnu à chacun d'eux.

1° Principe du libre choix, par l'administré, de la langue de ses rapports avec l'administration.

Il est logique d'admettre qu'en règle générale c'est à l'administré qu'il appartient de choisir dans laquelle des langues officielles auront lieu ses rapports avec l'administration. Ainsi que le déclarait le rapport de la Commission du Sénat sur le projet de loi qui allait devenir la *loi belge* du 28 juin 1932 sur l'emploi des langues en matière administrative: «*Il est incontestable que le fonctionnaire est au service du public et qu'il est rémunéré pour servir le public. Il faut donc envisager, avant tout, les droits et l'intérêt du public et placer cet intérêt au-dessus de l'intérêt réel ou prétendu du fonctionnaire*» (43).

La première *loi belge* sur l'emploi des langues en matière administrative, la loi du 28 mai 1878, n'avait pas d'autre but que de permettre aux citoyens d'expression néerlandaise (44) de faire usage de leur langue usuelle dans leurs rapports avec les autorités publiques. Même la législation actuelle, qui accorde tant d'importance au principe de l'homogénéité culturelle des régions (voyez *infra*, 2°), prévoit encore que les services centraux de l'État «*utilisent dans leurs rapports avec les particuliers celle des trois langues dont ces particuliers ont fait usage*» (45).

(43) *Doc. Parl. Sén.*, S.O. 1931-1932, n° 100, p. 10.

(44) La loi de 1878 parle de la «*langue flamande*»; la loi du 31 juillet 1921 concernant l'emploi des langues en matière administrative, qui l'a remplacée, fait de même. Dans les lois ultérieures, il est question de la «*langue néerlandaise*» ou du «*néerlandais*» — ce qui correspond à un rapprochement entre la langue du peuple d'Anvers, de Bruges ou de Gand et la langue parlée aux Pays-Bas (Hollande).

(45) Art. 41. * I.m. des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative (18 juillet 1966). Les *trois* langues sont, outre le français et le néerlandais, l'allemand (qui est parlé par un pourcentage assez réduit de la population).

En Suisse, en droit fédéral, ce principe du libre choix par l'administré de la langue de ses relations avec l'administration est qualifié de «*principe personnaliste*» (46). Celui-ci peut s'exprimer dans les termes suivants: tout citoyen a le droit de s'adresser aux autorités fédérales dans l'une des langues officielles et d'exiger qu'il lui soit répondu dans cette langue. À vrai dire, le droit helvétique ne comporte aucune disposition expresse en ce sens, mais la règle est déduite de l'article 116 de la *Constitution* qui consacre implicitement la liberté d'emploi des langues (47).

En Yougoslavie, dans la mesure où il se trouve engagé dans une *procédure* administrative, le citoyen a le droit d'employer sa langue dans ses rapports avec l'organe d'État qui doit statuer sur ses droits ou ses obligations et des interprètes sont même mis à sa disposition si c'est nécessaire (48).

Faut-il dire que l'application de ce *principe de liberté* est de nature à supprimer bien des griefs d'une communauté linguistique minoritaire (ou dominée)? – Encore est-il indispensable que cette application du principe de liberté soit loyale et intégrale. Si la question linguistique s'est progressivement compliquée en Belgique, c'est certainement, pour partie, parce que les premières lois sur l'emploi des langues en matière administrative n'ont pas été rigoureusement respectées, ni dans leur lettre, ni surtout dans leur esprit. Il est certain que, jusqu'après la deuxième guerre mondiale, l'administration belge, dont les cadres, surtout à l'échelon des hauts fonctionnaires, étaient composés d'une forte majorité de francophones, a donné, en maintes occasions, l'impression aux néerlandophones de ne pas être aussi «*accueillante*», aussi bien disposée à leur égard qu'à l'égard des administrés qui s'exprimaient en français.

2° Le principe de l'homogénéité culturelle des régions.

Le principe de l'homogénéité culturelle des régions, souvent aussi appelé «*principe de territorialité*», s'oppose dans une large mesure au précé-

(46) Voyez notamment la note du Département fédéral de Justice et Police, p. 3 («*Personalprinzip*») et M. PEDRAGGINI, «*Le problème linguistique*», *Annuaire de la Nouvelle Société Helvétique*, 1963, pp. 184 et suiv., ici, p. 185. Voyez également Z. GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich, 1949, pp. 390 et suiv., spécialement pp. 396 et suiv., et P. SALADIN, *Grundrechte im Wandel*, Berne, 1970, pp. 86 et suiv.

(47) Voyez *supra*, pp. 6 et 7, et la note (9) ci-dessus.

(48) Voyez la note du Professeur D. MITROVIC, p. 7.

Sur l'application du principe personnaliste dans le statut de la région du Trentin-Haut Adige et spécialement dans la province de Bolzano, voyez les articles 84 et suiv. de ce statut, soumis à modification par le projet de loi constitutionnelle actuellement en discussion au Sénat italien (art. 52 et suiv. de ce projet de loi).

dent. Refusant de tenir compte de la volonté des individus, leur niant le droit de choisir la langue dans laquelle ils peuvent s'exprimer ou, du moins, la langue dans laquelle l'administration leur répondra, il régit l'usage des langues en fonction du territoire ou de la subdivision de territoire où l'autorité publique se trouve ou doit agir. Il pourrait se résumer par la formule: «*CUJUS REGIO, EJUS LINGUA*».

Il se justifie par deux ordres de considérations.

Tout d'abord, le principe personnaliste n'est jamais appliqué de manière parfaite. Des pressions d'ordre social sont exercées par le groupe linguistique dominant, spécialement par l'influence qu'il a sur l'administration. Qu'il nous suffise de nous référer à ce que nous exposions au sujet de la *Belgique* à la fin du paragraphe précédent (voyez 1^o *supra*). Le principe de territorialité en excluant tout choix de la langue ne permet plus au fonctionnaire d'imposer, en fait, l'usage de sa propre langue à l'administré. Comme la langue légalement obligatoire est normalement celle de la majorité des habitants de la région, le système contraint, en fait, l'administration à se servir de la langue usuelle des administrés plus souvent que lorsque le principe personnaliste est proclamé en droit, mais malhonnêtement appliqué en fait.

La seconde justification tient au désir de protéger une langue déterminée et la culture par laquelle elle s'illustre. Certains craignent que, en permettant une concurrence entre l'usage de deux langues, on favorise l'expansion de l'une d'elles au détriment de l'autre (49). Dans ce cas, la législation sur l'emploi des langues en matière administrative tend à influencer indirectement l'usage des langues par les individus, même dans leur vie privée. Le principe de territorialité rejoint ici, par sa finalité, le principe de l'autonomie culturelle qui tend à maintenir à chaque groupe linguistique son originalité ainsi que son importance au sein de la Nation (50).

L'application du principe de territorialité n'atteindra cependant une complète efficacité que dans la mesure où il existera des territoires réellement autonomes (51) et aussi homogènes que possible.

Il en résulte que l'application du principe de territorialité s'avère relativement difficile dans les États unitaires. Le pouvoir «*du dernier*

(49) Voyez notamment à ce sujet M. COULON, *L'autonomie culturelle en Belgique*, Études et documents, Bruxelles, 1961, notamment pp. 8 et suiv.

(50) Voyez *supra*, Chapitre préliminaire, p. 10.

(51) Voyez H. WEILENMANN, «*Les groupes linguistiques en Suisse*», Res Publica, 1962, p. 234.

mot» appartiendra, en effet, au législateur national, voire à l'exécutif central. L'autonomie ne sera donc une réalité que dans la mesure où des organes unitaires y consentiront. Ainsi s'explique que la volonté de garantir à la fois une application intégrale du principe de territorialité et une réalisation effective de l'autonomie culturelle ait conduit le constituant belge à imaginer des mécanismes très particuliers et d'ailleurs fort complexes qui, sans être assimilables à des structures fédérales, limitent néanmoins la souveraineté des organes centraux, y compris du pouvoir législatif (52). En dehors de ces mécanismes institutionnels, le contrôle parlementaire et le contrôle de l'opinion publique peuvent contribuer au respect du principe de territorialité, une fois qu'il est admis par un consentement plus ou moins général.

Le régime fédéral implique, dans son principe même, des composants (États, provinces, cantons ou républiques) qui jouissent de la souveraineté et qui la conservent intégralement au sein de la Fédération pour les intérêts qui leur sont propres. L'autonomie des régions linguistiques, dans la mesure où leurs limites correspondent aux frontières des États fédérés, se trouve alors aisément assurée. Ainsi, en Suisse, chaque canton unilingue assure, par sa constitution et ses institutions de droit public, la mise en œuvre aisée du principe de territorialité (53). L'homogénéité linguistique des cantons fait disparaître les problèmes linguistiques, particulièrement dans l'exercice des fonctions administratives.

Nous avons qualifié le principe que nous analysons ici de principe d'*homogénéité* culturelle. Ce principe, en effet, n'emporte pas seulement un découpage du territoire en circonscriptions unilingues. Pour apporter une solution durable aux problèmes linguistiques, il exige aussi que l'homogénéité des régions soit protégée et que leurs limites soient fixes. Dans un arrêt que nous avons déjà cité (54), le Tribunal fédéral suisse constate que l'article 116 de la *Constitution*, en affirmant l'existence de quatre langues nationales, garantit le maintien de la composition du pays au point de vue de la répartition des langues sur le

(52) Ces mécanismes seront analysés *infra*, au chapitre 8. Déjà les lois sur l'emploi des langues en matière administrative du 28 juin 1932 et du 2 août 1963, ainsi que la loi du 30 juillet 1938 concernant l'usage des langues à l'armée avaient appliqué le principe de territorialité (voyez A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht*, Gand, 1963, n° 423, pp. 429 et suiv.), mais elles n'avaient pu créer évidemment de garanties constitutionnelles contre sa violation par le pouvoir central et, surtout, par le législateur. Voyez aussi à ce sujet C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, 1968, pp. 196 et suiv.

(53) La *Confédération helvétique* comprend dix-huit cantons unilingues, trois cantons bilingues et un canton plurilingue.

(54) 31 mars 1965, voyez *supra*, p. 147, note 9.

territoire. «*Il incombe aux cantons, ajoute la haute juridiction helvétique, de veiller, à l'intérieur de leurs frontières, à la conservation de l'étendue et de l'homogénéité des régions linguistiques existantes*» (55).

En Belgique, le problème de la fixation, du «*clichage*» des «*frontières*» linguistiques est âprement controversé (56). Un mouvement démographique naturel, qui se traduit par un développement de l'agglomération bruxelloise — où l'usage du français domine — justifie aux yeux des habitants de la capitale une extension des limites de la région bilingue que leur ville et ses faubourgs constituent, et est ressenti par l'opinion flamande comme une agression contre l'intégrité de la région de langue néerlandaise. On ne saurait sans doute trouver meilleur exemple de l'incidence des facteurs sociaux, en l'occurrence, plus précisément, du facteur démographique, sur l'efficacité des principes juridiques relatifs à l'emploi des langues. Le principe de territorialité, qui devrait apparemment tout résoudre, du moins au plan des administrations locales et régionales, vient achopper contre une réalité sociale sur laquelle il n'a que peu de prise. Bien plus, il suscite un sentiment d'injustice chez les Bruxellois qui s'indignent que le «*droit du sol*» l'emporte sur leurs droits individuels, c'est-à-dire sur le droit qu'ils estiment avoir d'être administrés dans leur langue.

Le principe de territorialité ne saurait évidemment recevoir application là où des populations de langues différentes sont intimement mélangées. On ne saurait ici entrer dans le détail des régimes que de telles situations, infiniment variées d'ailleurs, pourront justifier (57).

3° Le principe de l'égalité d'accès aux emplois publics.

Corollaire du principe de l'égalité devant la loi, le principe de l'*égalité d'accès aux emplois publics* est en vigueur dans des pays unilingues aussi bien que dans des pays plurilingues. Il veut que tous les citoyens puissent, aux mêmes conditions fixées de manière générale et objective, être nommés à tous les emplois publics, civils et militaires.

Mais la connaissance d'une ou de plusieurs langues officielles peut évidemment être exigée comme condition de nomination ou de promotion, en fonction des besoins des services publics. La mise en œuvre

(55) Traduction. Voyez le texte allemand à l'annexe n° 9, p. 487 (photocopie du *Recueil officiel*).

(56) Sur les mécanismes actuellement prévus pour assurer la stabilité des limites des régions linguistiques, voyez *infra*, chapitre 8.

(57) Voyez par exemple les articles 84 et suiv. du *Statut du Trentin-Haut Adige* appliquant essentiellement le principe personnaliste.

du principe du libre choix, par l'administré, de la langue de ses rapports avec l'administration et le principe de territorialité postulent, l'un comme l'autre, un recrutement qui fasse entrer en ligne de compte les connaissances linguistiques des agents.

Il peut arriver que la tension entre les communautés linguistiques soit telle que le bon fonctionnement de l'administration, le crédit dont elle doit jouir auprès du public, plus spécialement la réputation de «*neutralité*» dont son crédit précisément dépend, exigent davantage. On cherchera à faire régner au sein de l'administration, spécialement au niveau des «*fonctions dirigeantes*», un «*équilibre linguistique*», c'est-à-dire à faire en sorte que les différentes communautés linguistiques soient représentées dans le corps des fonctionnaires et agents de l'État en proportion de leur importance numérique au sein de la population (58).

Un écueil à éviter dans l'établissement et l'application de règles relatives à l'équilibre linguistique au sein de l'administration, c'est de sacrifier, pour atteindre rapidement pareil équilibre (dans l'hypothèse où il n'existerait pas au départ) ou pour le préserver rigoureusement, les exigences relatives à la compétence technique des fonctionnaires. Le système doit garder une certaine souplesse, ne s'appliquer que dans de grands ensembles administratifs (et non au sein de chaque cellule administrative) et tenir compte de l'influence des conditions économiques et sociales sur l'orientation professionnelle des membres des diverses communautés linguistiques (59).

Le souci de maintenir le niveau de compétence technique peut mener à accepter des agents unilingues, spécialement à des grades élevés de la hiérarchie. Une tentative faite en Belgique (60) d'imposer de ma-

(58) En Belgique, par exemple, à partir du grade de directeur et au-dessus, les emplois sont répartis en nombre égal entre les agents du rôle français et les agents du rôle néerlandais, vingt pour cent de l'effectif devant appartenir au cadre bilingue (art. 43 des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative). En Suisse, les usages complètent de manière importante les règles du droit écrit afin d'assurer une représentation des diverses communautés linguistiques au sein des administrations fédérales (voyez la note du Département fédéral de Justice et de Police, pp. 2 et 3).

(59) Indépendamment de toute question d'appartenance linguistique, on constate que les citoyens de telle région du pays, par exemple ceux d'une région où la croissance économique est faible, fournissent proportionnellement un plus grand nombre de fonctionnaires et d'agents de l'État que ceux de telle autre région où l'installation d'industries nouvelles crée des conditions de plein emploi. Nous ne connaissons cependant pas d'exemple où, en droit positif, de telles considérations sont entrées en ligne de compte; mais elles peuvent avoir exercé une influence sur l'application pratique des règles de recrutement et, en tous cas, mériteraient de l'exercer.

(60) Loi du 31 juillet 1921 concernant l'emploi des langues en matière administrative.

nière générale et à tous les niveaux le bilinguisme des agents s'est heurtée à des impossibilités pratiques. Mais l'unilinguisme de certains fonctionnaires de l'administration centrale suscite des problèmes d'organisation administrative et entraîne parfois la nécessité d'engager des traducteurs et des interprètes. Encore une fois, nous ne pouvons entrer dans le détail de réglementations qui peuvent être très touffues (comme en Belgique). Mais nous signalerons le système des «*adjoints linguistiques*»: leur rôle n'est pas seulement d'assister le chef d'une administration à traiter les dossiers établis dans une langue qu'il ignore, mais aussi de permettre, dans cette administration, le maintien de l'unité de jurisprudence, l'adjoint devant bien entendu être bilingue (61).

La réglementation de l'usage des langues par l'administration produit aussi des conséquences qui affectent la carrière des agents. À cet égard, nous observerons seulement que la répartition de tous les agents de l'État sur des rôles linguistiques permet de voir clair pour préserver l'équilibre linguistique et facilite en même temps le contrôle du favoritisme que l'on pourrait craindre de voir se manifester à l'égard des agents appartenant à une communauté déterminée.

4° L'usage des langues au sein de l'administration elle-même.

La Belgique offre, ici aussi, le modèle d'une réglementation touffue, dont la complication cause de nombreuses difficultés dans la pratique administrative.

Nous nous bornerons à retenir parmi les règles de caractère général qui figurent dans cette législation (62) ainsi que dans le droit ou la pratique de certains autres pays plurilingues:

- a) la langue utilisée pour traiter un dossier constitué sur la demande d'un particulier et pour instruire celle-ci est celle de ce particulier;
- b) le dossier d'un agent de l'administration (en cas de procédure disciplinaire, par exemple) est établi dans la langue qui correspond au rôle linguistique sur lequel cet agent est inscrit;
- c) dans les rapports entre des autorités supérieures (centrales, par exemple) et des autorités subordonnées (régionales ou locales, par exemple), la langue utilisée est celle de l'autorité subordonnée;

(61) Voyez art. 43, § 6, des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative.

(62) Ces règles ne s'y trouvent pas formulées de la manière dont nous les présentons, mais elles peuvent être dégagées des textes.

- d) la langue utilisée est, dans d'autres cas, celle de la région linguistique que l'affaire concerne ou sur le territoire de laquelle une mesure administrative doit être prise ou exécutée (63).

5^e Problèmes spécifiques à l'armée et à la gendarmerie nationale.

La réglementation de l'usage des langues à l'armée et dans les forces de la gendarmerie pose des problèmes particuliers.

Les nécessités du commandement et de la discipline militaire rendent difficile l'usage simultané de plusieurs langues. On aperçoit sans peine des conséquences catastrophiques qui pourraient résulter d'un ordre mal compris par un subordonné qui ne posséderait pas une connaissance suffisante de la langue de son supérieur.

La Yougoslavie a adopté une solution radicale: dans l'Armée populaire yougoslave, le commandement, l'instruction militaire et l'administration sont effectués en langue serbo-croate exclusivement (64).

En Suisse, par contre, *«la règle est que les troupes soient instruites et commandées dans leur langue nationale. Lorsqu'une troupe est mixte, les commandements sont traduits»* (65).

En Belgique, le régime (66) est basé sur deux principes: l'unilinguisme des soldats et des unités jusqu'à l'échelon de la compagnie au moins, et le bilinguisme des cadres actifs et du cadre de réserve, ce dernier à partir du grade de major. Dans toute unité unilingue, il est fait usage de la langue de cette unité pour l'instruction, les commandements, l'administration, la gestion et tous rapports de service. Dans les unités à régime mixte (au-dessus de l'échelon compagnie, en principe), le commandement utilise la langue de l'unité subordonnée. Dans le cas d'ordres s'adressant à plusieurs unités de régimes linguistiques différents, on recourt à la langue de la majorité des destinataires; les communications de service destinées à une grande unité mixte tout entière se font dans les deux langues. Le système ne paraît pas entraîner par lui-même de graves difficultés. Par contre, il est difficile d'assurer

(63) La loi belge (art. 17 des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative) recourt même en premier lieu à la notion d'*«affaire localisée ou localisable»*. C'est encore l'application du principe de territorialité. Il en résulte de très nombreuses difficultés dans la pratique.

(64) Art. 42, al. 3, Const. Voyez aussi l'article 53, *in fine*, du projet de loi modifiant le Statut du Trentin-Haut Adige (modification de l'article 85 du Statut).

(65) *Fiches Juridiques Suisses*, v^o «Langues Nationales», par E. TILHO.

(66) Loi du 30 juillet 1958 concernant l'usage des langues à l'armée.

parfaitement l'équilibre linguistique — lequel est d'ailleurs, en l'occurrence, une règle non écrite. La proportion sensiblement plus élevée de miliciens d'expression néerlandaise et le peu d'inclination des jeunes gens flamands pour la carrière militaire (probablement, par manque de tradition en ce sens) ont entraîné des difficultés dans le recrutement des officiers de régime néerlandais. On constate actuellement une «*tendance à la normalisation*» (67) au point de vue de l'équilibre linguistique. Ce résultat n'a pu être atteint, semble-t-il, sans que, *en fait*, les conditions de nomination et de promotion soient devenues plus rigoureuses pour les candidats francophones que pour les candidats néerlandophones. Certaines nominations à des grades élevés, faites sous le contresceau d'un ministre connu pour ses opinions flamandes, ont suscité à plusieurs reprises des critiques dans la presse d'expression française et un «*malaise*» dans les milieux militaires, spécialement parmi les officiers d'expression française.

La *loi belge* du 30 juillet 1938 paraît d'une assez heureuse conception dans l'ensemble (68). Le bilinguisme qu'elle exige de la part des cadres paraît à la fois nécessaire et plus aisé à obtenir que le bilinguisme des fonctionnaires civils. Les difficultés relatives à l'équilibre linguistique des cadres ne sauraient être résolues par un article de loi. Leur solution implique un assouplissement particulier de la règle d'équilibre, un grand souci d'équité dans les nominations et une action de propagande en faveur de la carrière militaire qui serait différenciée selon les régions.

Chapitre 4: L'emploi des langues en justice.

Le respect des droits individuels paraît en général devoir l'emporter, dans l'esprit du législateur, sur les considérations relatives à l'homogénéité linguistique, lorsque, de l'administration proprement dite, on passe à l'administration de la justice. Le droit du justiciable d'user de sa langue relève, en effet, des droits de la défense, c'est-à-dire des droits fondamentaux.

(67) Voyez notamment le Rapport sur l'application de la *loi du 30 juillet 1938 sur l'usage des langues à l'armée*, Doc. Parl. Sén., S.O. 1968-69, n° 448, du 17 juillet 1969. Il y est indiqué, par exemple, que le pourcentage d'officiers subalternes ayant en 1968 accédé au grade de major est de 52 p. 100 parmi les francophones et de 58 p. 100 parmi les néerlandophones.

(68) C'est la *loi linguistique belge* qui, avec celle sur l'emploi des langues en matière judiciaire (voyez *infra*, chapitre 8) a eu la vie la plus longue (plus de 32 ans déjà, avec relativement peu de modifications importantes) et malgré les changements sociaux qui se sont produits depuis la période de l'entre-deux guerres.

En matière pénale, les droits de la défense revêtent un caractère particulièrement sacré. Le droit du prévenu ou de l'accusé, d'être jugé dans une langue qu'il comprend, sera donc garanti.

En matière civile ou commerciale, par contre, la situation est différente, du fait même que, le plus souvent, deux ou plusieurs personnes privées sont en litige, qu'elles peuvent fort bien souhaiter légitimement se servir de langues différentes et qu'il faut pourtant bien, si l'on ne veut aboutir à des complications excessives, que la procédure se déroule dans une langue déterminée et une seule.

1° Le droit du justiciable d'user de sa langue en matière pénale.

L'article 6, paragraphe 3, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme reconnaît à tout accusé et le droit à «être informé (...), dans une langue qu'il comprend (...), de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui» et le droit à «se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience».

La justice pénale intéresse directement le peuple en son entier, les classes les plus frustes et les moins favorisées sous le rapport de la fortune autant, sinon plus que les classes les plus cultivées et les mieux nanties en biens matériels. C'est sans doute pourquoi, au Grand Duché de *Luxembourg*, la langue allemande, plus proche que le français des dialectes locaux qui sont d'origine germanique, est utilisée dans les actes d'instruction et les jugements en matière pénale, alors que le français est la langue de la justice civile ou commerciale (69). Il n'est pas étonnant non plus, dans le même ordre d'idées, que la première *loi belge* sur l'emploi des langues en matière judiciaire, qui remonte à 1873 (70), ne concerne que le droit du prévenu et de son défenseur d'utiliser le flamand devant les juridictions répressives. Ce n'est qu'en 1935 qu'une loi, toujours en vigueur d'ailleurs, a véritablement mis les deux langues nationales sur le même pied pour tout le fonctionnement du pouvoir judiciaire en Belgique (71). En *Suisse* où, devant la

(69) Voyez P. MAJERUS, *op. cit.*, p. 80. Les avocats plaident cependant exclusivement en français, même en matière pénale.

(70) *Loi du 17 août 1873 sur l'emploi de la langue flamande en matière répressive*. Cette loi est due à l'initiative de quelques députés de la région flamande du pays; on lit dans le rapport de la Chambre: «La Chambre paraissait unanime à condamner les abus signalés et dont l'importance ne peut échapper à personne». Il semble incontestable, en effet, que, pendant les quarante-trois années où le français fut seul utilisé en justice, certains citoyens d'expression flamande furent condamnés sans avoir pu suivre le débat qui intéressait leur sort.

(71) *Loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire*, modifiée à plusieurs reprises depuis, mais sur des points relativement secondaires (la dernière modification remonte au 15 juillet 1970).

juridiction fédérale, la règle voudrait que la langue du procès et celle de l'enquête soient, en matière pénale, déterminées par le lieu de commission du délit, le principe ainsi établi a dû céder devant la nécessité d'interroger l'accusé dans une langue qu'il comprenne et qu'il parle: finalement, c'est à la langue de l'accusé que le juge aura recours, même si elle est différente de celle qui est parlée «*in loco delicti*» (72). En Yougoslavie où la multiplicité des langues officielles rend le problème particulièrement difficile à résoudre, le recours aux interprètes est garanti de manière très générale, notamment dans toute procédure judiciaire; pareil système doit apporter, semble-t-il, une solution tout à fait satisfaisante pour les individus (73).

Mais le principe de l'homogénéité linguistique reçoit cependant application, même en matière pénale, pour l'organisation et pour la composition des juridictions. Dans les régions unilingues, les magistrats ne sont tenus de connaître que la langue de la région. Sauf à recourir aux interprètes, suivant l'exemple yougoslave, la solution consiste à renvoyer la cause à une juridiction du même degré située dans une région où la langue de l'inculpé ou de l'accusé est pratiquée par la juridiction; telle est la règle en Belgique (74).

Les dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, que nous avons citées en tête de ce chapitre, ainsi que l'expérience belge (75) tendent à montrer qu'il s'impose de manière absolue de reconnaître, sans réserve, à toute personne poursuivie en matière pénale, le droit de se défendre et d'être jugée dans la langue nationale de son choix.

2° Le choix de la langue en matière civile et commerciale.

Dans les procès en matière civile ou commerciale, qui se déroulent le plus souvent entre personnes privées et sauf, encore une fois, à organiser des traductions, la langue du tribunal saisi s'impose généralement aux parties. Heureux sont les pays où, comme en Suisse, les juges

(72) Art. 97 de la loi sur la procédure pénale fédérale. Voyez B. DUTOIT, «*Droit et plurilinguisme en Suisse*», pp. 39 et suiv., ici, pp. 55 et suiv., in *Travaux du Sixième Colloque international de droit comparé*, Ottawa, 1969.

(73) Voyez la note du Professeur MITROVIC, p. 7. Voyez l'amendement XIX à la Constitution fédérale et l'article 84 de la Constitution de la République socialiste de Serbie.

(74) Art. 20 et 23 de la loi du 15 juin 1935. Sur la situation assez peu organisée dans les différents cantons suisses, voyez Ph. MURET, «*Le problème linguistique dans les procédures pénales suisses*», *Revue pénale suisse*, 1966, pp. 235 et suiv.

(75) Le mouvement flamand rappelle encore souvent aujourd'hui les abus que nous avons déjà signalés à la note (70). L'invocation de «*martyrs de la cause flamande*» n'est évidemment pas de nature à apaiser les passions.

peuvent, sans exposer leurs jugements ou leurs autres actes à des nullités de procédure, accueillir, avec largeur de vues, des demandes, des pièces, des communications orales, dans une langue autre que celle que la loi prévoit.

Dans les régions (ou les cantons) bilingues, les parties retrouvent une certaine liberté. Des nécessités pratiques et le souci d'éviter les erreurs et les confusions conduisent le législateur à prescrire l'usage d'une seule et même langue pour toute la procédure et à réserver la faculté de choix de la langue à l'une des parties seulement. Ainsi, en Belgique, devant les juridictions de l'arrondissement bilingue de Bruxelles, le choix, lorsqu'il existe, appartient au défendeur, considéré par la loi comme celui dont les droits de défense sont les plus respectables puisqu'il n'a pas choisi de recourir au juge, mais se trouve attiré devant lui (76).

En cas d'accord entre elles sur ce point, les parties peuvent se voir reconnaître la faculté de soumettre le procès à une juridiction qui use de la langue qu'elles désignent. La loi belge (77) permet cette dérogation à la compétence «*ratione loci*» dans le but d'obtenir la procédure et le jugement dans une langue déterminée.

3° L'unité jurisprudences.

L'unité de jurisprudence est au moins aussi nécessaire dans l'exercice de la fonction juridictionnelle que dans l'exercice de la fonction administrative et elle est plus difficile à réaliser notamment en raison de l'indépendance des juges. Les cours suprêmes jouent ici un rôle essentiel. Dans les pays bilingues ou plurilingues, elles ne pourront efficacement le remplir que si leurs arrêts, d'une part, s'inspirent d'une vue complète des tendances et des controverses doctrinales et, d'autre part, peuvent influencer les réflexions des juges inférieurs indépendamment de tout obstacle linguistique. Deux impératifs en découlent:

(76) Art. 4 de la loi du 15 juin 1935 (modifiée par la loi du 9 août 1963 et la loi du 10 octobre 1967). Le choix n'existe que lorsque le défendeur est domicilié dans une commune de l'agglomération bruxelloise (communes elles-mêmes bilingues) ou n'a aucun domicile connu en Belgique: dans ces cas-là, le demandeur choisit la langue de l'acte introductif d'instance, mais le défendeur peut obtenir la conversion de la langue de la procédure.

Voyez un système analogue dans le Règlement intérieur de la Cour de Justice (des communautés européennes), articles 29 et suiv., *Journal Officiel des Communautés européennes*, 1959, pp. 349 et suiv., ici, pp. 356 et 357.

(77) Art. 7 de la loi du 15 juin 1935.

- a) La composition des juridictions suprêmes doit être telle que toutes les langues pratiquées par les juridictions inférieures soient comprises par les juges qui les composent. Dans ce but, la *Constitution* ou la loi prévoit une répartition des juges au niveau des juridictions supérieures entre les différentes communautés linguistiques (78). Mais il n'a peut-être pas été donné suffisamment d'importance à la «*connaissance passive*» (faculté de comprendre et non de parler) des langues nationales qui ne sont pas la langue maternelle ou usuelle des magistrats.
- b) Les décisions des juridictions supérieures doivent être rédigées dans les diverses langues nationales; du moins, les principes qu'elles reconnaissent doivent-ils être facilement connus par tous les juges inférieurs, sans qu'aucun obstacle linguistique ne s'y oppose (79).

4° L'accès aux fonctions judiciaires.

Indépendamment de ce qui a été dit au paragraphe précédent à propos des juridictions supérieures (voy. *supra*, 3°, a), les besoins de l'administration de la justice et le souci d'équilibre linguistique commandent des solutions analogues à celles que nous avons rencontrées pour l'application du principe d'égalité d'accès aux emplois administratifs. La *Belgique* offre l'exemple, pour les juridictions de l'arrondissement de Bruxelles et pour la Cour d'appel de Bruxelles, d'un «*contingente-*

(78) Art. 43 *quater* de la loi belge du 15 juin 1935 (modifié par la loi du 10 octobre 1967) pour la Cour de cassation (la moitié des membres du siège et la moitié des membres du parquet doivent justifier par leur diplôme qu'ils ont subi les examens du doctorat en droit en langue française; l'autre moitié des membres du siège et du parquet doivent justifier par leur diplôme qu'ils ont subi les examens du doctorat en droit en langue néerlandaise, etc...); art. 33 de la loi du 23 décembre 1946 portant création d'un Conseil d'État modifié par la loi du 15 avril 1958, la loi du 8 février 1962 et la loi du 29 juillet 1963 (même principe de parité). Art. 107 de la *Constitution fédérale suisse* qui dispose que «*les membres et les suppléants du Tribunal fédéral sont nommés par l'Assemblée fédérale qui aura égard à ce que les trois langues officielles de la Confédération y soient représentées*»; voyez aussi l'article 1^{er} de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943.

(79) Suivant l'article 28 de la loi belge du 15 juin 1935 (modifié par la loi du 10 octobre 1967), les arrêts de la Cour de cassation sont rendus dans la langue de la procédure, mais «*la traduction dans l'autre langue nationale en est établie sous le contrôle des membres de la Cour désignés à cet effet par le premier président*»: les décisions de la Cour suprême sont publiées dans les deux langues. Les avis et arrêts du Conseil d'État sont formulés, rédigés, voire rendus en langue française et en langue néerlandaise, parfois en outre en langue allemande (art. 23 et suiv. de la loi du 23 décembre 1946 portant création d'un Conseil d'État). Le sommaire des arrêts du Tribunal fédéral suisse est publié dans le *Recueil officiel* dans chacune des trois langues officielles de la Confédération.

ment» suivant la langue des juges, des conseillers et des magistrats du ministère Public (80).

Ce qui a été dit de la nécessité de préserver la compétence technique des agents de l'administration, vaut également, sinon même à un plus haut degré, pour les titulaires de fonctions juridictionnelles. Il faut ajouter que l'indispensable indépendance des juges risque de souffrir des préoccupations d'ordre linguistique qui animeront l'autorité qui les nomme; les procédures qui tendent à ne pas faire dépendre la promotion, des magistrats du seul pouvoir exécutif se révèlent, à cet égard, particulièrement utiles (81).

Chapitre 5:

L'emploi des langues dans l'enseignement.

Avec le droit d'être jugé dans sa propre langue en matière pénale, le droit de faire donner à ses enfants une instruction dans cette même langue se trouve sans doute parmi les «*droits linguistiques*» qui touchent le plus directement les individus.

1° Le principe de la liberté du père de famille.

Dans des pays qui, comme les démocraties de l'Europe occidentale, reconnaissent la liberté de l'enseignement, l'on pourrait s'attendre à voir reconnaître également aux parents le droit de choisir en toute liberté la langue dans laquelle leurs enfants seront instruits.

Si le principe de cette liberté, dite «*liberté du père de famille*», ne paraît guère contesté (82), les limitations que le droit positif de plusieurs pays européens y apporte lui enlèvent tout caractère absolu.

Tout d'abord, il n'est guère concevable que l'État organise lui-même

(80) Art. 43, 43 *bis* et 43 *ter* de la loi du 15 juin 1935 (modifié par l'arrêté du Régent du 31 décembre 1949 et par la loi du 10 octobre 1967). Voyez aussi l'article 79 du *Statut spécial du Trentin-Haut Adige* (qui se borne cependant à exiger des candidats à certaines fonctions juridictionnelles, des connaissances linguistiques déterminées sans viser, même indirectement, leur langue maternelle ou usuelle).

(81) A titre d'exemple, en Belgique, la nomination des conseillers à la cour d'appel ou à la Cour de cassation appartient au Roi, mais celui-ci ne peut choisir ces magistrats que parmi les candidats qui lui sont présentés soit par ces cours elles-mêmes, soit par les conseils provinciaux, en ce qui concerne les cours d'appel et par le Sénat en ce qui concerne la Cour de cassation.

(82) En Belgique, l'opinion flamande, hostile à cette liberté qui lui paraît menacer l'intégrité culturelle de la région flamande, n'a guère attaqué de front le principe de la liberté du père de famille, mais a toujours prétendu que l'absence de réglementation aboutissait à priver un grand nombre de parents flamands de leur liberté, car ils n'osaient user de cette liberté dans le sens de leurs convictions intimes, en raison des pressions d'ordre social qui s'exerçaient sur eux. Voyez *infra* dans le texte.

un enseignement complet à tous les degrés pour un nombre réduit d'individus. Sous son aspect concret, qui la rattache au «*droit à l'instruction*», la liberté du père de famille ne saurait donc être assurée que dans des limites déterminées même pour les nationaux, notamment pour des raisons budgétaires évidentes et, dans certains cas, en fonction du personnel enseignant disponible.

Un deuxième aspect des limitations à la faculté de choix de la langue de l'enseignement impose une distinction entre la liberté du père de famille et le droit d'un peuple à obtenir qu'un enseignement dans sa langue traditionnelle soit dispensé à sa jeunesse. Ce dernier droit, qui a été invoqué en Belgique par les Flamands pour obtenir la création d'un enseignement complet en néerlandais (83), est un droit *collectif*, revendiqué parfois par tout un peuple englobé dans un État plurinational, plus souvent par une minorité linguistique dont l'allégeance à l'égard du pouvoir n'est pas nécessairement en cause, mais qui entend conserver un patrimoine culturel ancestral. Ce peuple ou cette minorité souhaite qu'un enseignement dans sa langue soit organisé à destination des enfants et des jeunes gens dont cette langue est la langue maternelle. Souvent, cette population occupe un certain territoire concurrentement avec des citoyens parlant une autre langue officielle de l'État, la langue du groupe linguistique dominant, par exemple. Cette situation peut conduire, comme dans la région du Trentin-Haut Adige (84) à la

(83) Sous le régime de liberté complète (c'est-à-dire de l'absence de toute législation sur l'emploi des langues dans l'enseignement) qui suivit la Révolution de 1830 en Belgique et se prolongea pendant une cinquantaine d'années, il n'existait guère, dans la région de langue néerlandaise, qu'un enseignement *primaire* en néerlandais — concurrentement d'ailleurs avec un enseignement *primaire* en français. La loi du 15 juin 1883 «*régulant l'emploi de la langue flamande pour l'enseignement moyen dans la partie flamande du pays*» généralisa les cours en néerlandais (flamand) dans les sections préparatoires annexées aux écoles moyennes de l'État tout en maintenant un enseignement concurrent en français; dans l'enseignement secondaire, les cours de flamand, d'anglais et d'allemand, ainsi qu'un ou plusieurs autres cours, devaient être donnés en flamand, le surplus du programme demeurant dispensé en français; mais à ce niveau de l'enseignement secondaire également, un enseignement exclusivement en français pouvait être maintenu et le fut effectivement. Ce n'est que la loi du 14 juillet 1932 «*concernant le régime linguistique de l'enseignement primaire et de l'enseignement moyen*» qui établit le principe que l'enseignement primaire et l'enseignement secondaire (celui-ci pour partie seulement) ne seraient créés et subventionnés que si les cours étaient donnés dans la langue de la région. La «*Flamandisation*» de l'enseignement universitaire de l'État n'eut lieu que dans les années qui suivirent la guerre de 1914-1918.

(84) Voyez l'article 15 du *Statut de la Région du Trentin-Haut Adige*, qui ne donne d'ailleurs pas entièrement satisfaction à la minorité allemande, mais essentiellement parce qu'il n'accorde pas une «*autonomie scolaire*» suffisante à leurs yeux. Voyez A. FENET, *La question du Tyrol du Sud*, Paris, 1968, pp. 195-196. Le projet de loi constitutionnelle actuellement en discussion devant le Sénat italien prévoit d'ailleurs des modifications assez importantes de cet article 15 du Statut, qui doivent, au moins partiellement, répondre aux aspirations de la minorité de langue allemande. Voyez M. MESSNER, *L'autonomie administrative de la province du Haut Adige*. (Mémoire en licence en sciences politiques et administratives), Bruxelles, 1970, pp. 133 et suiv., pp. 154-155.

création de deux réseaux d'enseignement, avec la faculté, pour les parents, d'inscrire leurs enfants dans les écoles de l'un ou de l'autre régime linguistique, le choix s'exerçant tout naturellement en fonction de la langue maternelle des élèves.

Tout autre est la faculté qui peut être conférée à chaque père de famille de choisir, parmi plusieurs régimes linguistiques d'enseignement [existant ou même à créer (85)], celui qu'il estime le plus opportun pour ses enfants, même si la langue maternelle de ceux-ci n'est pas la langue de l'école où il veut les placer. C'est ainsi qu'en Belgique un certain nombre de pères de famille souhaitent donner à leurs enfants une culture bilingue en leur faisant suivre un enseignement dans une langue nationale autre que celle parlée dans le milieu familial. Il est même des parents — bilingues ou même parlant exclusivement le néerlandais — qui veulent inscrire leurs enfants dans des classes françaises dans le but d'en faire des francophones, dussent-ils même ne plus connaître du tout la langue de leurs ancêtres flamands, ceci généralement parce qu'ils considèrent que le passage à l'usage courant du français signifie une sorte de promotion sociale. Au XIX^e siècle, en Flandre, les bourgeois parlaient le français, les ouvriers et les paysans parlaient des dialectes flamands; encore qu'il reste des traces importantes de cette situation, la corrélation entre la langue parlée et la condition sociale n'existe plus aujourd'hui. Mais le souvenir de cet état de choses, le prestige de la langue française comme langue littéraire et comme langue internationale, la prédominance de l'usage du français dans la capitale ont pour conséquence qu'un certain nombre de néerlandophones, lorsque la possibilité leur est offerte d'inscrire leurs enfants dans des établissements scolaires où les cours se donnent en français, veulent user de cette possibilité: ils entendent jouir de la liberté du père de famille, droit *individuel*, qu'ils opposent à la règle contraignante qu'on veut leur imposer de placer leurs enfants dans des classes où les cours se donnent dans leur langue maternelle et usuelle, c'est-à-dire en néerlandais.

De la description qui précède, certains ont cru pouvoir déduire que des situations se présentent dans lesquelles la liberté du père de famille est un leurre. L'ouvrier qui bénéficie d'une aide matérielle quelconque de son patron, francophone, pour assurer l'éducation de ses enfants, peut-il ne pas suivre le conseil qu'il reçoit d'inscrire ses enfants en classe française? Est-ce même exercer une liberté que d'être soumis à cette sorte de contrainte sociale et d'inscrire ses enfants en classe

(85) La liberté du père de famille peut s'exercer aussi sur un autre plan: elle peut concerner le choix entre une école officielle où l'enseignement est «*neutre*» et une école libre où l'enseignement est «*confessionnel*» ou inspiré par telle ou telle conception philosophique.

française seulement en vertu de cette idée, vraie ou fausse, que cela leur permettra de s'élever plus aisément dans l'échelle sociale?

Outre que la démocratisation des études, l'élévation du niveau moyen de vie et l'information du grand public ont réduit l'influence de la classe bourgeoise sur les choix personnels des salariés, il faut considérer que, dans une mesure plus ou moins forte, la même pression sociale se fait sentir ou peut se faire sentir pour l'exercice d'autres libertés, sans que l'on prétende pour autant supprimer ces libertés-là. Il ne faut pas, sous couleur de protéger la liberté, la supprimer et des dispositions inutilement contraignantes suscitent des rancœurs et des griefs. La législation belge qui établit des contraintes en matière d'emploi des langues dans l'enseignement, a suscité beaucoup de controverses, beaucoup d'agitation, beaucoup de litiges.

Pour convaincre les parents de faire instruire leurs enfants dans leur langue maternelle, l'organisation d'un réseau complet d'établissements scolaires dispensant un enseignement de qualité paraît plus efficace que les commandements de la loi, dont la rigueur prend très rapidement un aspect vexatoire.

Des considérations d'ordre pédagogique ou d'ordre médical peuvent, par contre, fonder de manière peu discutable une réglementation de la liberté du père de famille.

2° Le principe de l'homogénéité linguistique des régions.

Le découpage du territoire en régions linguistiques unilingues simplifie les problèmes linguistiques (86). On comprend, dès lors, le désir du législateur de s'opposer à la création, dans ces régions, d'un enseignement donné dans l'autre langue qui viendrait à la longue compromettre le caractère réellement unilingue de la région.

La suppression progressive et finalement totale de l'enseignement officiel en français dans la région flamande de la Belgique, où un enseignement «libre», non subventionné n'est pas viable, a suscité de vives protestations autrefois. Si l'on peut regretter l'appauvrissement culturel que représente la disparition de l'usage de la langue française par les habitants du nord du pays, il faut constater, par ailleurs, que cette «flamandisation» de l'enseignement, qui s'est étendue aussi à l'enseignement libre subventionné, y compris l'enseignement universitaire (87), n'est

(86) Voyez *supra*, Chapitre préliminaire (Introduction), pp. 149 et suiv., notamment au sujet de la difficulté d'établir les frontières linguistiques.

(87) Le gouvernement VANDENBOEYNANTS démissionna en février 1968 parce que les sociaux-chrétiens flamands, qui faisaient partie de la majorité qui soutenait le

guère remise en question aujourd'hui et a apporté un certain apaisement dans le conflit linguistique.

L'arrêt du 31 mars 1965 du Tribunal fédéral suisse, que nous avons déjà cité (88), indique qu'une politique analogue est suivie dans certaines contrées suisses unilingues. Les autorités du Canton de Zurich ont pu, malgré le principe de la liberté de l'enseignement (89), s'opposer à la création d'un enseignement, pourtant donné dans une école privée, qui aurait pu altérer le caractère allemand unilingue de ce canton.

L'application du principe de l'*homogénéité linguistique fait disparaître en fait*, mais non en droit, *la liberté du père de famille*. Là où il n'existe pratiquement qu'un enseignement — officiel et libre — dans la langue de la région, il ne saurait être question, même pour un père de famille parlant une langue autre que celle de la région, de choisir pour ses enfants un enseignement dans une langue qui ne soit pas celle de la région.

3° Le droit des minorités linguistiques d'obtenir la création d'un enseignement dans leur langue.

Bien que le principe de l'homogénéité culturelle paraisse rencontrer un certain succès, on constate que des minorités linguistiques obtiennent que les pouvoirs publics créent et subventionnent un enseignement dans leur langue. La contradiction est plus apparente que réelle.

Les minorités qui obtiennent la reconnaissance de ce droit à un enseignement dans leur langue (90) sont composées de populations autoch-

cabinet, exigeaient que ce gouvernement se prononce en faveur du transfert de l'Université Catholique de Louvain de régime français hors du territoire flamand et que les ministres francophones n'étaient pas disposés à leur donner satisfaction. L'événement déclencha une crise et entraîna une dissolution anticipée des Chambres. Depuis lors, les autorités académiques elles-mêmes ont décidé le transfert et des crédits importants à charge du Trésor ont été prévus pour plusieurs années afin d'assurer cette transplantation d'une université francophone qui portait atteinte au principe de l'homogénéité linguistique. Voyez sur la démission du cabinet VANDENBOEYNANTS-DECLERCQ B. Waleffe, *«Le Roi nomme et révoque ses ministres»*, Bruxelles, Bruylant, 1971, pp. 119 et suiv. et les références (p. 120, note 1).

(88) Voyez *supra*, p. 147 et la note (9) et surtout pp. 163 et 164 et les notes (51) et (52).

(89) Voyez J. F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, n° 1756, qui expose que la liberté de l'enseignement n'est, en général, pas considérée comme consacrée par la Constitution fédérale. Mais, en l'espèce, la Constitution cantonale (zurichoise) reconnaissait cette liberté aux parents.

(90) Droit qui n'est pas la liberté du père de famille *sensu stricto*, voyez *supra*, dans ce même chapitre, 1°, pp. 174 et suiv.

tones ou installées déjà anciennement qui, depuis de nombreuses générations, pratiquent une langue différente de celle de la majorité de la nation. Au reste, la minorité linguistique peut n'être minoritaire que dans l'ensemble du pays, mais être majoritaire dans une certaine région, reconnue comme telle ou non. On songe ici à la minorité romanche du Canton des Grisons en Suisse, qui doit, au moins pour partie, le respect particulier dont ses deux idiomes jouissent, au caractère antique, traditionnel et, en même temps, populaire qu'ils présentent (91).

De même, les minorités de langue allemande de la région du Trentin-Haut Adige constituent un ensemble ethnique dont «l'habitat, les mœurs, la toponymie, le costume, le dialecte si particulier, tout reflète la profonde unité historique» (92).

Dans un pays comme la Yougoslavie, où les populations de langues différentes sont très mélangées, il ne saurait être question d'appliquer avec rigueur le principe de l'homogénéité linguistique au sein de chacune des Républiques fédérées: l'article 42 de la *Constitution* garantit expressément le droit des citoyens installés sur le territoire d'une république autre que la leur de recevoir un enseignement dans leur langue maternelle (93).

(91) Nous parlons de deux idiomes, car il existe deux dialectes rhéto-romans concurrents. Sur les raisons qui ont motivé la reconnaissance du romanche comme langue nationale de la Confédération helvétique, voyez le «*Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale*», pp. 19 et suiv. notamment, où on lit:

«Qu'un petit peuple, dans les montagnes des Grisons, ait, pendant de longs siècles, trouvé l'énergie d'avoir son propre idiome, de le défendre victorieusement et même d'en faire une langue écrite et littéraire hautement développée, voilà qui force l'admiration» et encore: *«Aujourd'hui, nous devons cependant comprendre que nous sommes en présence, non pas d'une fantaisie de savants ou d'une simple tentative d'obtenir de l'argent ou encore d'une manifestation d'orgueil régional, mais bien d'une initiative populaire émanant du peuple grison tout entier qui, par la voie des autorités constituées, veut trouver audience auprès du peuple suisse»*.

(92) A. FENET, *op. cit.*, p. 10. Cet auteur vise essentiellement le Haut Adige ou Tyrol du Sud; la question est différente pour le Trentin dont l'irrédentisme paraît historiquement et ethniquement justifié; mais c'est d'ailleurs seulement pour la province de Bozen (Bolzano) que les minorités allemandes ont obtenu aussi la reconnaissance de leur droit à un enseignement en allemand. Dans le même sens, les Ladins, que FENET qualifie de «*véritable relique historique*», ont obtenu qu'un enseignement de leur idiome soit dispensé. Voyez le Statut spécial de la région du Trentin-Haut Adige, art. 15 (allemand) et 87 (ladin). Le projet de loi actuellement en discussion au Sénat italien prévoit un enseignement en ladin dans les écoles maternelles et l'usage du ladin «*comme instrument d'enseignement*» dans les écoles d'un degré plus élevé; le projet assure aussi une meilleure autonomie culturelle des populations allemandes et ladines.

(93) L'article 42 de la *Constitution de la RSF de Yougoslavie* a été complété par l'amendement XIX. Voyez aussi la note du professeur MITROVIC, p. 8.

Peut-être faudrait-il expliquer la suppression systématique de l'enseignement en français dans la région flamande en Belgique, par la circonstance que le français n'apparaît pas comme une langue «populaire», comme une langue qui, naturellement et originellement, aurait été celle d'une population installée en Flandre. Le français y est une langue apprise par une élite, depuis de nombreuses générations sans doute, mais qui, vis-à-vis du peuple flamand, a conservé un caractère «importé», sinon étranger. Sans doute, faut-il aussi considérer que la prédominance excessive et injustifiée du français au cours du XIX^e siècle a entraîné une réaction en sens inverse qui n'est pas elle-même exempte d'excès (94).

Même dans le régime belge actuel si soucieux d'homogénéité linguistique, il a été prévu des dérogations en faveur des enfants des militaires stationnés dans une région linguistique où l'enseignement n'est normalement pas dispensé dans leur langue maternelle (95).

4° L'enseignement d'une seconde langue.

Dans la plupart des pays bilingues ou plurilingues, l'organisation de l'enseignement est telle que la connaissance par les citoyens de la langue ou des langues nationales qui ne sont pas leur langue maternelle est favorisée de manière plus ou moins systématique. Dans une large mesure, d'ailleurs, pareille organisation répond aux besoins et au désir de la population.

En Belgique, cependant, la situation présente une certaine particularité due au fait que les deux langues n'ont pas le même rayonnement mondial. Depuis longtemps, il est des habitants de la partie wallonne du pays qui souhaitent que leurs enfants acquièrent plutôt la connaissance de l'allemand ou de l'anglais que celle du néerlandais. Ils considèrent que des langues de diffusion internationale permettent l'accès à des cultures plus vastes et sont des instruments de communication plus utiles tant sur le plan des échanges intellectuels que sur

(94) La présence traditionnelle de la section française de l'Université de Louvain à Louvain, c'est-à-dire en pays flamand, paraissait ne présenter qu'un danger minime de «francisation» de la population locale. Par contre, il est incontestable que son départ doit causer à la région de Louvain et à l'Université de Louvain (néerlandophone) un préjudice économique et culturel considérable.

(95) Art. 7 de la loi du 30 juillet 1963 concernant le régime linguistique de l'enseignement. Cette disposition prévoit encore quelques autres dérogations, notamment pour des classes accessibles uniquement à des enfants qui séjournent en dehors de la commune de leur domicile pour des raisons de santé (séjour en préventorium, par exemple). Nous avons déjà évoqué, d'autre part, le cas des communes «à facilités» de la périphérie de Bruxelles.

celui des relations d'affaires (96). En quelque sorte par réaction contre le manque d'intérêt témoigné par un grand nombre de francophones à l'égard du néerlandais, un certain mouvement s'est fait jour au sein de l'opinion flamande pour donner aux grandes langues germaniques la préférence sur le français. Cette double tendance s'est d'ailleurs traduite dans l'évolution de la législation sur l'emploi des langues dans l'enseignement: en fait, ce n'est plus guère qu'à Bruxelles et dans les communes de la frontière linguistique que la seconde langue est le français dans les écoles où l'enseignement se donne en néerlandais et le néerlandais dans les écoles dont la langue d'enseignement est le français (97). Cette situation est propre au caractère des langues française et néerlandaise. Il ne peut donc pas en être déduit de conclusion *générale* pour le régime des pays multilingues, dont l'une des langues n'est la langue que d'une minorité.

Toutefois, un phénomène nouveau se manifeste aujourd'hui en Belgique et il est significatif: un nombre croissant de francophones apprennent le néerlandais spontanément, ceci en raison de leur intérêt économique (98). Une législation impérative n'aurait certes pas réussi à développer de la même manière la connaissance d'une seconde langue nationale.

L'efficacité de l'enseignement d'une seconde langue nationale qui ne serait dispensé que par le recours à la contrainte est plus que douteuse et cette contrainte risque en outre de détériorer le climat des relations entre les communautés linguistiques — conséquence dont la gravité ne peut être sous-estimée. L'intérêt que représente la connaissance de «l'autre» langue reste l'élément fondamental de son développement.

5° L'autonomie culturelle en matière d'enseignement.

Dans un pays plurilingue, l'autonomie culturelle (99) produira ses effets sur la structure même de l'enseignement et sur l'organisation de l'autorité exécutive dont il dépend.

(96) L'allemand est, au surplus, une langue nationale qui, dans l'est du pays, facilite le contact avec certains Belges et avec le pays voisin.

(97) Comparez les articles 9 à 12 de la loi du 30 juillet 1963 concernant le régime linguistique dans l'enseignement et les articles 6, 10 à 13, 16 et 19 de la loi du 14 juillet 1932 concernant le régime linguistique de l'enseignement primaire et de l'enseignement moyen. Il faut, en outre, tenir compte de l'esprit dans lequel cette législation fut prise et appliquée. Voyez L. BAUWENS, *Régime linguistique de l'enseignement primaire et de l'enseignement moyen*, Bruxelles, 1933, p. 69.

(98) L'exigence de connaissances linguistiques pour l'accès à certaines fonctions dans l'administration et dans la magistrature joue ici un rôle important. Mais lorsque les entreprises privées mettent le bilinguisme comme condition d'engagement, le succès des cours de langue va grandissant.

(99) Voyez *supra*, Chapitre préliminaire, p. 151.

Depuis que la Belgique s'est engagée dans la voie de l'autonomie culturelle, le département de l'Éducation nationale a été scindé jusqu'au niveau du Secrétaire général en ce qui concerne les services relatifs à l'enseignement et le Roi a nommé deux ministres pour le diriger (100). Bien plus, les conseils culturels des deux grandes communautés linguistiques se sont vu confier une compétence normative autonome dans le domaine de l'enseignement (101). Au niveau de l'enseignement universitaire, on constate que même les universités libres, naguère bilingues, dont l'unité était fondée sur une communauté d'opinions religieuses ou philosophiques et sur une tradition socio-politique de plus d'un siècle, n'ont pas résisté au mouvement centrifuge de la dernière décennie et ont donné naissance à des universités unilingues rigoureusement indépendantes les unes des autres (102).

Dans la région du Trentin-Haut Adige, la volonté de la population de langue allemande de jouir de pouvoirs plus larges pour l'organisation, la direction et la surveillance de son réseau scolaire propre a amené le législateur italien à envisager une modification en ce sens du statut de cette région et il n'est pas impossible que les revendications de la minorité germanique se poursuivent jusqu'à ce qu'une autonomie complète lui soit reconnue en cette matière (103).

En Yougoslavie, des décisions récentes ont conduit à la création d'un enseignement universitaire dans des langues parlées par des populations minoritaires (Slovènes, Macédoniens, Albanais) et les universités où cet enseignement est dispensé se trouvent situées bien entendu sur le territoire des républiques ou territoires autonomes habités principalement par ces différentes populations (104).

(100) Dans le gouvernement actuel, les deux ministres de l'Éducation nationale (dont précédemment, l'un était secrétaire d'État ou ministre-adjoint) ont été mis strictement au même rang. — L'autonomie culturelle s'est également réalisée dans l'organisation de l'enseignement libre, fort développé en Belgique. Voyez sur ce dernier point R. SENELLE, *La révision de la Constitution*, Textes et Documents, n° 263, septembre 1970, p. 94.

(101) Sous certaines réserves cependant. Voyez art. 59 *bis*, § 2, 2° et § 3, 2° de la Constitution (introduit le 24 décembre 1970); voyez au sujet de ces conseils le chapitre 8, *infra*.

(102) Peu de temps après une résolution des évêques de Belgique affirmant le maintien d'un enseignement universitaire catholique bilingue à Louvain, le mouvement flamand a obtenu que l'on se rallie en principe au départ des facultés francophones qui se trouvaient dans la région de langue néerlandaise.

(103) Voyez les références citées à la note (84) *supra*.

(104) Voyez la note du Professeur MITROVIC (annexe 10), p. 8. L'effort fait pour créer tout récemment un enseignement universitaire en albanais paraît caractéristique.

6° Le rejet de toute discrimination arbitraire.

L'application du principe de l'autonomie culturelle et plus encore du principe de l'homogénéité linguistique des régions peut, on l'a dit, avoir des conséquences sur les droits et les libertés des individus.

À cet égard, il va de soi que les dispositions tracassières, les contrôles administratifs, l'obligation imposée aux citoyens de déclarer la langue qu'ils parlent ou de remplir des documents dans une langue qui ne leur est pas familière doivent être évités dans toute la mesure du possible.

Dans cet ordre d'idées, mérite l'attention la disposition de la Constitution de la Yougoslavie (105) qui déclare que personne ne sera tenu de déclarer à quelle nationalité il appartient ou d'opter pour l'une quelconque des nationalités yougoslaves.

L'article 14 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* exprime certainement le principe général qui marque la limite des interventions permises au législateur pour protéger, aux dépens de la liberté des individus, l'homogénéité linguistique des régions et l'équilibre entre les diverses cultures qui se côtoient dans un même pays. Le champ d'application de cette disposition qui interdit toute discrimination «*fondée notamment sur (...) la langue (...)*» dépasse le domaine de l'enseignement; elle vise la jouissance de tous les droits et libertés reconnus dans la Convention des droits de l'homme (106). Sa violation est le moyen qui a été retenu par la Cour européenne des droits de l'homme pour condamner une disposition de la législation belge en matière d'emploi des langues dans l'enseignement (107). Sans vouloir entrer dans les aspects particuliers du cas d'espèce, il faut retenir que la Cour, se plaçant expressément sur le plan des principes, déclare que l'article 14 (108) «*n'a pas pour effet de garantir aux enfants ou à leurs parents le droit à une instruction dispensée dans la langue de leur choix*», mais que son objet est d'assurer «*la*

(105) Art. 41.

(106) Elle s'applique au domaine de l'enseignement par le fait que l'article 2 du Premier Protocole additionnel du 20 mars 1952 se rapporte au droit à l'instruction. — À notre avis, le principe d'égalité et de rejet des discriminations arbitraires inscrit à l'article 14 de la *Convention des droits de l'homme* vaut, dans tout pays démocratique, pour tous les droits fondamentaux, même ceux que la Convention européenne des droits de l'homme et ses protocoles additionnels n'ont jusqu'ici pas reconnus.

(107) Arrêt du 23 juillet 1968, Conseil de l'Europe, Cour européenne des droits de l'homme, D. 25.558.

(108) Combiné avec l'article 2 du Premier Protocole additionnel qui dispose, dans sa première phrase: «Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction».

jouissance du droit à l'instruction (...) sans discrimination fondée, par exemple, sur la langue» (109). L'arrêt précise que la question est de savoir «s'il existe ou non en l'espèce des distinctions non justifiées». Une justification acceptable d'une distinction fondée sur un critère linguistique pourra être, par exemple, la volonté de «favoriser l'unité linguistique à l'intérieur des régions et notamment promouvoir chez les élèves la connaissance approfondie de la langue usuelle de la région. Ce but d'intérêt public ne comporte, en lui-même, aucun élément discriminatoire» (110). Toutefois, la Cour réserve l'hypothèse où l'application de dispositions légales inspirées par pareil but aboutirait «dans des cas individuels à des résultats qui mettraient en cause l'existence d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé au point de constituer des discriminations» (111).

On peut voir dans ces motifs l'idée que les lois, qui tendent à maintenir ou même à réaliser l'homogénéité linguistique des régions, sans être condamnables *a priori*, doivent demeurer modérées, en ce sens qu'elles ne peuvent avoir pour résultat, en recourant à un critère de distinction fondé sur la langue pour attribuer ou refuser certains droits subjectifs (112), de méconnaître systématiquement les intérêts légitimes d'une catégorie d'individus ou même d'un individu.

Chapitre 6:

La protection de la vie privée et l'usage des langues.

1° Le principe de la liberté de l'usage des langues dans la vie privée.

Sans qu'aucun texte ni de droit interne, ni de droit international le dise expressément, il est certain que le droit des pays européens comporte le principe de la liberté d'emploi des langues dans la vie privée. Ce principe consiste en ce que chacun peut, dans sa vie privée et familiale, faire usage de la langue ou des langues qu'il lui plaît d'utiliser.

Cette liberté de l'usage des langues dans la vie privée n'est qu'un aspect du principe général de la liberté de l'emploi des langues, contenu, par exemple, dans l'article 23 de la *Constitution belge* ou dans le droit

(109) Page 40 du document cité à la note (107) ci-dessus.

(110) Page 100 du document cité à la note (107) ci-dessus.

(111) Page 101 du document cité à la note (107) ci-dessus.

(112) La Cour estime même qu'il y a lieu de prendre en considération l'*application* pratique de la loi pour juger de son caractère discriminatoire.

constitutionnel fédéral non écrit de la Suisse (113). Mais cet aspect particulier se caractérise notamment par le rejet de toute limitation du principe. La liberté ici est absolue.

Le respect spécialement rigoureux de l'individu doit sans doute s'expliquer par le fait que toute limitation de cette liberté constituerait en l'occurrence une ingérence injustifiée dans la vie privée. Les autorités publiques ne pourraient, même indirectement, porter atteinte au droit à l'intimité, spécialement en contraignant, d'une certaine manière, les individus, parents ou enfants, à ne recourir qu'à une langue déterminée. La Cour européenne des droits de l'homme se plaçant sur le plan des principes (114) a déclaré qu'*«il n'est pas exclu que des mesures prises dans le domaine de l'enseignement puissent affecter le droit au respect de la vie privée et familiale ou y porter atteinte»*. Elle a précisé qu'il en serait ainsi, par exemple, si de telles mesures *«avaient pour but ou pour effet de troubler la vie privée ou familiale d'une manière injustifiée, notamment en éloignant de façon arbitraire des enfants de leurs parents»* (115).

2° Le principe de la liberté de l'usage de la langue dans les cérémonies du culte.

La participation à la célébration d'un culte relève de la sphère d'autonomie individuelle que représente la vie privée. On ne saurait admettre que les cérémonies culturelles soient réglementées par les autorités publiques en ce qui concerne l'usage des langues. Le principe ne pourrait comporter de limitation en ce domaine car toute limitation de l'usage des langues apparaîtrait en l'occurrence comme une atteinte à la liberté des cultes.

Pourtant, dans le cas où les cérémonies d'un culte se déroulent sur la voie publique, il est admis, en Belgique, par exemple, qu'elles peuvent être réglementées (116). Mais la réglementation dont il s'agit est exclusivement celle qui a pour objet le maintien de l'ordre public, de telle sorte qu'il est difficile d'imaginer que l'usage d'une langue déterminée puisse être en cause.

(113) Arrêt du Tribunal Fédéral du 31 mars 1965, déjà cité *supra*.

(114) Affaires linguistiques belges, arrêt Court européenne des droits de l'homme, 23 juillet 1968, D. 25.558, pp. 36 et suiv. En l'espèce qui lui était soumise, la Cour n'a cependant constaté aucune violation de l'article 8 par la législation belge.

(115) P. 37 du document cité à la note (114) ci-dessus.

(116) Cass. 23 janvier 1879, *Pas.* 1879, I, 75; 3 janvier 1882, *Pas.* 1882, I, 25; 7 juin 1892, *Pas.* 1892, I, 286.

Par contre, les dispositions relatives à l'usage des langues dans l'enseignement peuvent s'appliquer aux établissements d'enseignement dont la création est due à l'initiative de personnes privées. En Belgique, des subsides ne sont accordés qu'aux écoles libres qui «*se conforme(nt) aux dispositions légales et réglementaires concernant (...) l'application des lois linguistiques*» (117). De plus l'homologation des certificats d'études est subordonnée à la condition que les études aient été faites dans la langue imposée par la loi (118). On voit ainsi que la garantie de la non-immixtion de l'autorité civile dans l'usage des langues couvre ce qui constitue la célébration du culte, mais ne s'étend pas à l'enseignement confessionnel.

Il est arrivé, en Belgique, que le radicalisme linguistique soit poussé si loin par certains que les cérémonies du culte catholique célébrées en français dans quelques villes flamandes ont donné lieu à des manifestations hostiles plus ou moins bruyantes dans les églises mêmes. Elles ont abouti à la suppression des sermons destinés aux minorités francophones dans la région de langue néerlandaise. Il est douteux qu'aucune mesure puisse, en pareille circonstance, être utilement décidée par l'autorité civile. Là intervient alors le rôle de l'opinion publique et de la presse.

3° L'interdiction des discriminations fondées sur la langue.

Si la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (119) proscriit toute discrimination fondée sur la langue — du moins en ce qui concerne la jouissance des droits fondamentaux qu'elle reconnaît — c'est qu'elle considère que la langue parlée habituellement par un individu fait partie de sa personnalité, au même titre que son sexe, sa race, sa religion ou ses opinions politiques. Or cette personnalité doit être respectée dans tous ses aspects essentiels. Il se déduit de là que le fait d'accorder ou de refuser des droits ou des avantages quelconques à un individu en fonction de l'une de ses caractéristiques personnelles, en particulier en fonction de la langue qu'il parle dans sa vie privée, est de nature à porter atteinte à ce principe. Ainsi la liberté d'emploi des langues dans la vie privée se trouve indirectement protégée.

(117) Voyez art. 24, § 2, de la loi du 29 mai 1959 modifiant la législation relative à l'enseignement gardien primaire, moyen, normal, technique et artistique.

(118) Art. 19 de la loi du 30 juillet 1963 concernant le régime linguistique dans l'enseignement.

(119) Art. 14.

Ce n'est donc pas sans raison que le Conseil d'État belge (120) a considéré comme contraires au principe de l'égalité devant la loi les dispositions que le Gouvernement belge entendait prendre pour assurer la présence, dans la carrière du Service extérieur du Ministère des Affaires étrangères, d'un nombre d'agents néerlandophones comparable à celui des agents francophones: seuls pouvaient se porter candidats à une cinquantaine d'emplois et moyennant des épreuves sensiblement moins dures que celles organisées d'ordinaire les candidats porteurs d'un diplôme de l'enseignement dispensé en néerlandais ou inscrits déjà à l'administration au rôle linguistique néerlandais. Les Chambres législatives ont néanmoins approuvé le texte du projet gouvernemental et il est devenu loi. Dans pareil cas, le souci de l'équilibre linguistique (121) conduit à prendre des mesures discriminatoires. Seules des nécessités politiques impérieuses, telle celle d'éviter une rupture de la cohésion nationale, peuvent expliquer, voire justifier des mesures aussi extrêmes.

Chapitre 7:

L'emploi des langues dans la vie économique et sociale

La relation entre le développement économique et social et l'usage d'une langue déterminée revêt deux aspects: d'une part, la loi, voire la *Constitution* peut régler l'emploi des langues dans l'exercice des activités économiques et dans les rapports entre employeurs et travailleurs; d'autre part, le développement économique et le niveau de vie d'une population conditionnent son développement culturel et, dès lors, le maintien de sa langue propre.

Le présent chapitre sera essentiellement consacré au premier de ces aspects.

Nous voudrions cependant, sur le plan socio-économique, apporter quelques précisions sur le second aspect du sujet.

1° Solidarité entre «l'économique» et «le linguistique».

Le poids du facteur économique dans l'évolution de l'usage des langues dans les régions bilingues ne saurait être nié. Le phénomène est général et le Québec lui-même paraît en fournir une illustration évidente.

(120) *Doc. Parl. Ch.*, S.O. 1961/62, 206, n° 1, p. 13.

(121) Voyez *supra*.

L'exemple belge est également intéressant. Sans doute, la situation de la population d'expression néerlandaise — qui fut toujours majoritaire dans l'ensemble du pays (122) — s'est-elle considérablement transformée à la suite de l'adoption du suffrage universel et de la démocratisation générale des institutions dont le suffrage universel représente l'une des étapes décisives. Mais la prédominance de la langue française dans la vie publique et dans les activités culturelles au cours du XIX^e siècle résulte néanmoins de manière certaine du fait que l'aristocratie et la bourgeoisie, qui détenaient la puissance économique, étaient francophones aussi bien en Flandre et à Bruxelles que dans la partie wallonne du pays. Le régime censitaire procurait seulement aux classes économiquement favorisées un instrument efficace pour assurer la prééminence de leur langue usuelle. Mais il est caractéristique que l'épanouissement de la littérature belge d'expression flamande, l'usage du néerlandais dans les universités, les laboratoires et les réunions scientifiques, la naissance d'un cinéma belge parlant néerlandais, etc. ne remontent qu'à quelques décades, voire quelques lustres et que le rayonnement de cette culture néerlandaise en Belgique ne fait que s'intensifier avec l'accroissement et la modernisation de l'équipement industriel de la partie flamande du pays, et de manière plus générale, avec sa prospérité économique grandissante.

Les Bruxellois connaissent bien le phénomène naturel de francisation des communes «*périphériques*» de leur capitale. Quelques bourgeois aisés et francophones de la ville construisent leur villa dans une localité jusque-là exclusivement néerlandophone. Il va de soi que les commerçants de l'endroit n'hésitent pas à faire usage du français pour plaire à cette clientèle nouvelle et particulièrement intéressante. Les édiles locaux, quelle que soit la législation sur l'emploi des langues, usent du français au moins dans leurs relations orales, avec ces contribuables qui vont apporter un flux appréciable de recettes nouvelles pour les finances communales. Les entreprises qui s'occupent du lotissement et de la construction, même si elles ne sont pas dirigées par des francophones, useront, dès le lancement de leur campagne publicitaire, de la langue qui est celle de la majorité de leurs clients potentiels. Le prestige social de la classe possédante et le fait même qu'elle est plus cultivée vont bientôt entraîner chez les «*autochtones*» le désir de ressembler aux citadins venus s'installer chez eux (123).

(122) Voyez les statistiques dans les annexes du rapport. Si l'on fait abstraction des bilingues, les citoyens d'expression néerlandaise (flamands) ont toujours été plus nombreux que ceux d'expression française. Or, il serait tout aussi arbitraire de rattacher les bilingues aux francophones que de les rattacher aux néerlandophones.

(123) Cette description est évidemment schématique. De sensibles nuances existent entre les différentes communes de la périphérie de Bruxelles, tant du point de vue de l'implantation bruxelloise (classes plus ou moins aisées) que du point de vue de la réaction de la population locale.

Les îles anglo-normandes fournissent l'exemple d'une mutation linguistique complète en voie d'achèvement «*sans ingérence ni violence*» (124). Indépendamment de l'installation à demeure d'un certain nombre de citoyens britanniques, il est incontestable que c'est un facteur économique, à savoir le grand nombre de touristes anglais, qui a provoqué l'abandon de la langue française.

La leçon essentielle à tirer des considérations qui précèdent réside dans la constatation que le législateur ne saurait négliger l'influence du facteur économique sur l'usage des langues dans les dispositions qu'il prend pour réglementer celui-ci. L'efficacité de son intervention en dépend.

2° Le principe de la liberté d'emploi des langues par les particuliers.

Dans le chapitre précédent, nous avons exposé le principe de la liberté de l'emploi des langues dans la vie privée et familiale et nous avons insisté sur son caractère absolu.

La question se pose donc de savoir si la loi peut soit prescrire, soit proscrire l'usage d'une langue déterminée dans les relations qui s'établissent entre les particuliers à l'occasion des activités économiques. En d'autres termes, ces activités ne font-elles pas partie de la vie *privée* des individus?

Sans pour autant s'engager dans la voie du collectivisme ou du dirigisme, la plupart des pays européens ont adopté plus ou moins récemment des institutions qui comportent une organisation et une planification de l'économie. Bien avant, les rapports entre les employeurs et les travailleurs ont fait l'objet de lois et de règlements prévoyant une ingérence de plus en plus poussée des autorités publiques.

Dès lors, si la réglementation linguistique dans le domaine économique et social comporte inévitablement des contraintes qui, comme telles, sont nécessairement des dérogations au principe général de la liberté individuelle, cette réglementation ne saurait être considérée comme une atteinte au droit à l'intimité. La liberté de l'emploi des langues par les particuliers, absolue dans le cercle de la vie privée et familiale, peut connaître des limitations ou des dérogations au-delà de ce cercle.

3° Emploi des langues dans les relations entre employeurs et travailleurs.

L'article 23 de la *Constitution belge*, après avoir proclamé que «*l'emploi*

(124) Guy HERAUD, *L'Europe des Ethnies, «Réalités du Présent»*, Paris, 1963, pp. 153 et suiv.

des langues usitées en Belgique est facultatif», attribue au législateur le pouvoir de régler cet emploi des langues «*seulement pour les actes de l'autorité publique et pour les affaires judiciaires*».

Cette disposition constitutionnelle n'a pas empêché le législateur belge d'imposer aux «*entreprises industrielles, commerciales ou financières*» pour les actes et documents destinés à leur personnel, l'usage de la langue de la région où sont établis leurs sièges d'exploitation. Dans la région bilingue de Bruxelles, capitale, les documents destinés au personnel d'expression française sont rédigés en français et ceux destinés au personnel d'expression néerlandaise, en néerlandais. Des traductions en une ou plusieurs langues peuvent être ajoutées quand la composition du personnel le justifie (125).

Ces dispositions légales s'appliquent notamment aux contrats de travail, d'emploi et d'apprentissage, aux règlements de travail, aux attestations ou certificats de travail, à tous les documents «*sociaux*» délivrés aux travailleurs.

Pareille législation, dans la mesure où elle a pour effet de garantir aux employés et aux ouvriers que leur patron s'adressera à eux dans leur langue, n'apporte qu'une limitation fort acceptable à la liberté linguistique. Elle est d'ailleurs inspirée par le désir de réagir contre une contrainte d'ordre économique s'exerçant de la part des employeurs à l'égard des travailleurs (126).

Nous ne connaissons pas d'équivalent de cette législation dans d'autres pays européens. Mais il est rare que, de manière aussi nette qu'en pays flamand, l'usage de deux langues coïncide avec la séparation de la population en deux classes sociales.

4° Emploi des langues dans les actes et documents imposés par les lois et les règlements.

Le législateur belge est allé plus loin encore puisqu'il a imposé également aux entreprises industrielles, commerciales ou financières de faire

(125) Art. 52 des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative. Ajoutons qu'en vertu de l'art. 1^{er} de ces mêmes lois, la réglementation établie par les dites lois est applicable aux personnes physiques et morales concessionnaires d'un service public, ou chargées d'une mission qui dépasse les limites d'une entreprise privée et que la loi ou les pouvoirs publics leur ont confiée dans l'intérêt général. Sur l'incontestable violation de l'art. 23 de la Constitution par la législation linguistique, voyez A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht*, Gand, 1963, n° 422, p. 428.

(126) Voyez *Doc. Parl. Ch.*, S.O. 1961/62, n° 331/27, p. 14; *Doc. Parl. Sénat*, S.O. 1962/63, n° 304, p. 10.

usage de la langue de la région «pour les actes et documents imposés par la loi et les règlements» (127). La définition des actes et documents ainsi visés fait l'objet de controverses, notamment quant au point de savoir s'il faut y ranger les factures (128); il paraît certain qu'elle comprend en tous cas les livres de comptabilité prescrits par le Code de commerce et les statuts des sociétés commerciales.

Un jugement du Tribunal civil de Bruxelles du 8 novembre 1966 (129) a déclaré que cette législation était contraire à l'article 10, 1^o et à l'article 14 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*. Il paraît cependant contestable que la liberté d'expression se trouve ici en cause.

L'obligation ainsi faite aux entreprises paraît avoir contribué à la «flamandisation» de l'économie en pays flamand. Il est toutefois difficile de déterminer quelle est, dans cette «flamandisation» la part due à l'application de la loi sur l'emploi des langues et la part due à d'autres facteurs, tels que les effets de la généralisation de l'enseignement en néerlandais et l'influence du mouvement flamand sur l'opinion publique et le comportement de la population (même francophone) dans le nord du pays.

5^o Extension du champ d'application de la législation sur l'emploi des langues.

Le législateur peut étendre plus ou moins largement le champ d'application de la législation sur l'emploi des langues. Nous venons de voir que, en Belgique, il n'a pas hésité à s'aventurer assez loin en ce sens. Nous pourrions ajouter qu'il a même prévu que les citoyens tenus de prêter leur concours à l'organisation des opérations électorales pourraient être obligés de faire usage, à cette occasion, d'une langue déterminée (130).

L'article 30 de la loi vaudoise (131) du 21 mai 1935 sur les affiches et les autres procédés de réclame dispose que les affiches rédigées dans

(127) Art. 52 des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative.

(128) Voyez notamment I. DE WEERDT, *Het Taalgebruik in het Bedrijfsleven*, Anvers, 1964; P. HUENENS, «La loi du 2 août 1963 concernant l'emploi des langues en matière administrative s'applique-t-elle aux factures?» *Journal des Tribunaux*, 1966, pp. 73 et suiv.; M. HENRARD, *L'emploi des langues dans l'administration et dans les entreprises privées*, Heule, s.d., pp. 75 et suiv.

(129) *Journal des Tribunaux*, 1966, p. 685, obs.; *Pas.* 1967, III, 50.

(130) Art 1^{er}, 3^o et art. 49 des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative.

(131) Vaud: l'un des cantons francophones de la Confédération helvétique.

une langue autre que l'une des trois langues nationales doivent être accompagnées d'une traduction française: les affiches ne portant que l'indication de raisons de commerce, de marques ou de produits sont dispensées de cette obligation. Dans le Tessin (132), la langue italienne doit être utilisée dans toutes les enseignes, sans préjudice à la traduction dans d'autres langues (133).

Dans un grand nombre de domaines de l'activité sociale, cette intervention du législateur pour établir des contraintes linguistiques paraît superflue, sinon nuisible. Dans les pays plurilingues, des équilibres naturels dans l'usage des différentes langues vont s'établir dans la vie politique, dans l'action syndicale, à l'occasion des activités sportives, dans la pratique des arts, pour l'organisation des spectacles. Il n'est généralement pas souhaitable de modifier les usages qui s'instituent spontanément, ni même de les figer dans une législation spéciale.

Chapitre 8:

Les mécanismes institutionnels relatifs à la protection et à la garantie des droits linguistiques.

Dans les chapitres précédents, nous nous sommes efforcés de faire la synthèse des *règles de fond* concernant les droits linguistiques des minorités. Certains des principes que nous avons dégagés, tels celui de l'autonomie culturelle ou celui de l'équilibre linguistique dans les fonctions publiques, constituent en même temps un système de protection des minorités linguistiques. Le présent chapitre envisage plus spécialement ces règles protectrices déjà évoquées ainsi que d'autres *institutions* concernant l'organisation du pouvoir qui tendent aussi à éviter qu'une majorité linguistique puisse abuser de sa prépondérance dans l'ensemble des organes de l'État.

1° Création de régions ayant leurs institutions propres.

Tant pour l'application du principe de l'homogénéité culturelle (ou principe de territorialité) (134) que pour l'application du principe de

(132) Tessin: autre canton de la Confédération helvétique (langue italienne).

(133) Art. 5 de la loi du 29 mars 1954 «*Sulle insegne et scritte destinate al pubblico*». — Le texte dans une autre langue ne peut pas être présenté en caractères plus grands ou plus apparents que ceux du texte italien.

(134) Voyez Chapitre 3, pp. 162 et suiv.; Chapitre 4, p. 169; Chapitre 5, pp. 177 et suiv.; Chapitre 7, pp. 187 et suiv.

l'autonomie culturelle (135), la division du territoire national en régions ayant leurs institutions politiques propres apparaît comme une nécessité. Le principe de territorialité et le principe de l'autonomie culturelle paraissent d'ailleurs étroitement liés sur le plan des mécanismes institutionnels destinés à en assurer la mise en œuvre.

La division du territoire en régions linguistiques n'est efficace que dans la mesure où ces territoires sont réellement autonomes dans toutes les matières qui concernent l'usage des langues.

Le régime fédéral présente à cet égard un avantage évident. Chacun des États fédérés peut conserver une souveraineté complète dans le domaine particulier de l'usage des langues à l'intérieur de ses frontières. L'exemple de la Suisse est, à cet égard, d'autant plus convaincant que, dans le Canton de Berne où le problème linguistique est le plus aigu, on voit se dessiner une tendance à la création d'un canton nouveau, le Jura, qui détacherait de ce canton bernois la partie du territoire occupée, de manière majoritaire, par des francophones (136). Le fédéralisme, du moins dans la mesure où les limites des États fédérés coïncident avec les limites des régions unilingues, garantit automatiquement l'autonomie culturelle. Celle-ci n'est même pas mentionnée dans la *Constitution de la Confédération suisse*. La *Constitution yougoslave* (137) se borne à reconnaître à chaque nationalité et à chaque minorité nationale le droit de développer sa culture et de créer les organisations nécessaires à cette fin. Par contre, en Belgique, la récente révision constitutionnelle a donné le jour à de nouvelles dispositions constitutionnelles fort détaillées relatives à l'autonomie culturelle de chaque communauté linguistique, ainsi qu'à la mise en place des institutions destinées à garantir cette autonomie culturelle (138).

Il n'est toutefois pas certain que le fédéralisme s'impose nécessairement dans un pays bilingue ou plurilingue. Nous venons de faire allusion une fois de plus à la Belgique qui tente actuellement l'expérience d'un régime qui, sans être fédéral, comporte des organes qui, pour les

(135) Voyez Chapitre préliminaire, p. 151; Chapitre 5, pp. 181 et suiv.

(136) L'exemple de la Suisse vaut surtout pour les cantons unilingues dans lesquels, apparemment, l'usage des langues ne suscite pas de difficultés. Sur la distinction entre canton et demi-canton, voyez J. P. AUBERT, *op. cit.*, t. I, n° 537 et suiv. Remarquons que le principe de territorialité n'est pas affirmé par la Constitution helvétique; dans la pratique, il subit d'ailleurs certains aménagements; voy. à ce sujet C. HEGNAUER, *Das Sprachenrecht der Schweiz*, Zurich, 1947, pp. 152 et suiv., et, du même auteur, *Het talenrecht in Zwitserland*, «*Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publick Recht*, 1957, pp. 397 et suiv., ici, p. 398.

(137) Art. 43.

(138) Voyez *infra* dans ce même chapitre, p. 195 et p. 197.

matières qui intéressent la langue et, de manière plus générale, la culture, jouissent d'une véritable autonomie, sinon même de la souveraineté (139).

Nous avons insisté sur l'influence du facteur économique sur l'usage des langues dans les régions bilingues ou plurilingues (140). La Belgique s'est engagée dans la voie de la décentralisation économique et la loi cadre du 15 juillet 1970 a institué notamment des «*conseils économiques régionaux*» dont le ressort n'est pas sans rapport avec les limites territoriales des grandes régions linguistiques (141). Mais il a été précisé que la politique économique, si elle comporterait une consultation obligatoire des instances régionales, conserverait son caractère global et national et relèverait «*d'une stratégie unique*» (142). Alors que les économies nationales tendent à s'intégrer, un fédéralisme qui aboutirait à substituer à une politique économique unique conduite par les autorités d'un État plurilingue, des politiques économiques multiples correspondant aux intérêts politiques propres et égoïstement compris des différentes populations de cet État, distinguées selon la langue qu'elles parlent, pourrait présenter, au point de vue de l'économie même, de sérieux inconvénients.

Dans le chapitre préliminaire (143) nous avons rencontré le problème de la détermination des limites des différentes régions linguistiques. Nous n'y reviendrons donc pas, si ce n'est pour signaler que les institutions qui existent dans les pays européens comportent généralement une application plus ou moins heureuse de la règle démocratique suivant laquelle les populations intéressées doivent être consultées, mais

(139) Un véritable pouvoir législatif, excluant celui du législateur ordinaire, est conféré aux conseils culturels par l'article 59 *bis* de la *Constitution* (introduit le 24 décembre 1970). Voy. *infra* dans ce même chapitre, p. 198.

(140) Voy. *supra*, chapitre 7, pp. 187 et suiv.

(141) Le ressort territorial des trois conseils économiques régionaux a été fixé, en application de l'article 9 de la loi, par un arrêté royal du 12 mars 1971: le ressort du Conseil économique régional pour la Wallonie, comprend les provinces de Hainaut, de Liège, du Luxembourg et de Namur, ainsi que l'arrondissement administratif de Nivelles; le ressort du «*Gewestelijke economische raad voor Vlaanderen*» comprend les provinces d'Anvers, de Flandre occidentale, de Flandre orientale et de Limbourg, ainsi que les arrondissements administratifs de Louvain et de Hal-Vilvorde; le ressort du Conseil économique régional pour le Brabant est la province de Brabant.

(142) Voyez l'exposé des motifs du projet de loi, *Doc. Parl. Ch.*, S.E. 1968, 125, n° 1, p. 4.

(143) Voy. *supra*, pp. 149 et suiv.

organisent des procédures extrêmement lourdes pour la mise en œuvre de ce principe (144).

2° Le dédoublement des institutions du pouvoir central ou fédéral.

L'État fédéral conserve, en tout état de cause, une certaine compétence dans le domaine linguistique, ne serait-ce que pour régler l'usage des langues par les organes fédéraux. Dans les États unitaires, le pouvoir central exerce en outre un contrôle plus ou moins étendu sur les attributions des autorités régionales.

Pour éviter que les institutions centrales ou fédérales étouffent l'autonomie culturelle ou même la restreignent dans une certaine mesure, on peut concevoir que ces institutions centrales ou fédérales subissent une sorte de dédoublement, voire de détriplement...

En Belgique, le département de l'Éducation nationale a été scindé complètement (jusqu'à et y compris l'échelon ministériel) dans le secteur proprement culturel et jusqu'au niveau des directions générales dans le secteur de l'enseignement (145). Il existe, par exemple, une direction générale de l'enseignement primaire en néerlandais et une direction générale de l'enseignement primaire en français.

Dans le domaine économique, il est caractéristique que le gouvernement belge actuel compte aussi deux ministres-secrétaires d'État pour

(144) Ainsi, en Belgique, afin de protéger l'intégrité territoriale des communautés linguistiques, toute modification d'une des quatre régions linguistiques doit faire l'objet d'une loi adoptée selon le système de la majorité «surqualifiée», c'est-à-dire que la loi doit recueillir la majorité simple dans chaque groupe linguistique de chacune des Chambres, ainsi que la majorité des 2/3 des suffrages exprimés dans l'ensemble de chacune des Chambres; de plus, le quorum est renforcé en ce sens que la majorité des membres de chaque groupe linguistique doit se trouver en séance (article 3 bis de la *Constitution*, introduit le 24 décembre 1970). La *Constitution* étant muette, en Suisse, les auteurs estiment qu'il faut une révision de l'article 1^{er} de la *Constitution* selon les formes ordinaires, c'est-à-dire une modification de l'énumération de la liste des cantons, cette révision étant toutefois précédée d'une manifestation de volonté de la population touchée. Il est intéressant de souligner que le peuple peut prendre l'initiative de provoquer une révision totale ou partielle de la *Constitution*: la demande de révision doit émaner de 50.000 citoyens ayant l'exercice des droits politiques fédéraux (voy. à ce sujet J. F. AUBERT, *op. cit.*, t. I, n° 540 et suiv.). La modification des limites respectives des cantons existants se réalise par conventions, simplement soumises au visa des autorités fédérales (art. 7, II Const. fédérale); les conventions de cession requièrent toutefois un vote affirmatif du peuple et des cantons (Voyez J. F. AUBERT, *op. cit.*, t. I, n° 910 et suiv.). En Yougoslavie, toute modification du territoire d'une république requiert le consentement de la république concernée; les frontières entre les républiques ne peuvent être rectifiées qu'avec le consentement des assemblées républicaines de ces républiques (art. 109 de la *Constitution*).

(145) R. SENELLE, *La révision de la Constitution*, «Textes et Documents», n° 263, 1970, pp. 19 et suiv.

l'Économie régionale. Chacune des deux grandes régions linguistiques est ainsi assurée qu'un ministre s'occupe de manière exclusive de ses intérêts économiques.

Dans la province de Bolzano (Italie), le statut régional actuel (article 15) prévoit qu'un inspecteur des études (*provveditore agli studi*) nommé par le gouvernement central exerce un pouvoir de contrôle et de coordination à la fois sur les écoles de langue italienne et sur les écoles de langue allemande. L'article 12 du projet de loi constitutionnelle, actuellement en discussion au Sénat italien, vise notamment à dédoubler toute l'administration scolaire de l'État dans le Haut Adige, chaque réseau d'enseignement ayant son propre «*intendant*», le «*superintendente*» compétent pour les établissements où les cours se donnent en italien ayant toutefois encore une compétence d'avis dans les cas où une décision du pouvoir central demeure nécessaire à l'égard des écoles de langue allemande.

3° La division des institutions du pouvoir central pour l'exercice de certaines de leurs attributions.

Les organes centraux (ou fédéraux) fonctionnent normalement comme les organes supérieurs d'un État unitaire. En particulier, s'il s'agit d'assemblées ou de collèges, tous leurs membres délibèrent en commun sans distinction entre eux.

Le constituant belge a cependant imaginé que les Chambres législatives seraient désormais divisées suivant un critère linguistique. L'article 32 *bis*, introduit le 24 décembre 1970, dispose que «*pour les cas déterminés dans la Constitution, les membres élus (146) de chaque Chambre sont répartis en un groupe linguistique français et un groupe linguistique néerlandais, de la manière fixée par la loi*» (147). Ces groupes interviennent dans des mécanismes de garantie sur lesquels nous reviendrons plus en détail dans le paragraphe suivant (148). Bornons-nous à signaler ici que certaines lois ne peuvent, en vertu de la *Constitution*, être adoptées qu'à condition de recueillir une majorité de suffrages dans chacun des groupes linguistiques.

(146) L'article 32 *bis* de la *Constitution* parle de «*membres élus*» parce que l'article 58 confère aux fils du Roi (ou, à défaut de fils du Roi, aux princes belges de la branche de la famille royale appelée à régner), la qualité de «*sénateur de droit*» dès l'âge de dix-huit ans. Il semble que ces sénateurs ne puissent faire partie ni de l'un ni de l'autre groupe linguistique du Sénat.

(147) La loi fixant la manière dont les parlementaires seront répartis entre les deux groupes linguistiques n'est pas encore adoptée. Il semble que l'on s'oriente vers un critère qui serait la langue dans laquelle le député ou le sénateur aura prêté serment.

(148) Voy. *infra*, pp. 197 et suiv.

Le gouvernement lui aussi, suivant l'article 86 *bis* (introduit également le 24 décembre 1970) compte des ministres d'expression française, d'une part, des ministres d'expression néerlandaise, d'autre part. Cette division répond au souci d'assurer l'équilibre linguistique au sein du gouvernement (149). Mais elle est essentielle pour l'application de la procédure dite «*de la sonnette d'alarme*», décrite au paragraphe suivant (150). La «*ratio legis*» paraît exiger que dans le cas où le Conseil des ministres intervient dans cette procédure spéciale, l'absence ou l'empêchement d'un ministre ne puisse porter atteinte à la parité; en d'autres termes, il faudra s'assurer que les deux catégories de ministres sont en nombre égal.

À la Cour de cassation, qui est la cour suprême, les trois chambres sont divisées en «*sections*» composées en tenant compte de la langue des magistrats de manière à permettre le respect des règles relatives à l'emploi des langues. Le Conseil d'État se divise en chambres françaises et en chambres flamandes. Les audiences «*chambres réunies*» ou «*en assemblée générale*» qui réunissent des conseillers, dont il n'est pas légalement établi qu'ils puissent s'exprimer dans la même langue, sont exceptionnelles: un dispositif de traduction y est établi.

Dans les États fédéraux, l'attribution aux États fédérés de toute la souveraineté qui concerne leurs intérêts propres paraît exclure que le pouvoir fédéral se subdivise même dans des circonstances exceptionnelles. Mais généralement, la composition des organes fédéraux, spécialement des assemblées représentatives, comporte une représentation équilibrée des différentes ethnies (151). Il en résulte au moins une possibilité de voir, dans certains cas concrets, où une décision doit être prise, l'organe fédéral se cliver en fonction de cette composition.

4° Les mécanismes institutionnels destinés à protéger les minorités linguistiques.

En dehors des formes d'aménagement général des institutions politiques qui ont été indiquées dans les trois premiers paragraphes, des précautions plus particulières sont prises dans certains pays plurilingues pour éviter qu'une minorité linguistique soit opprimée, c'est-à-dire soit victime d'une discrimination arbitraire pour l'exercice de ses droits fondamentaux.

(149) Voy. *supra*, Chapitre 2, pp. 156 et suiv.

(150) Voy. *infra*, pp. 200 et suiv.

(151) Voyez la composition du «*Conseil des États*» en Suisse (deux députés par canton) et la composition du «*Conseil des Nationalités*» en Yougoslavie (vingt députés par République et dix par Province autonome).

La Constitution yougoslave prend soin de proclamer la liberté des citoyens d'exprimer leur nationalité et leur culture ainsi que celle d'user de leur langue. Elle affirme le droit des Yougoslaves de jouir d'un enseignement dans celle des langues nationales qui est la leur et leur droit de se défendre en justice dans cette langue également (152).

Mais la représentation des différents groupes linguistiques dans les organes du pouvoir joue un rôle plus important encore dans la protection des minorités linguistiques.

Seule, une stricte «*parité*» entre les ethnies, comme celle que nous avons déjà signalée entre ministres d'expression française et ministres d'expression néerlandaise au sein du gouvernement belge (153) paraît donner organiquement une garantie réelle à une minorité. L'expérience montrera si ce système qui n'a été consacré par la *Constitution* que tout récemment, protégera efficacement les droits des minorités linguistiques.

Il arrive que la représentation des différents groupes linguistiques soit assurée de manière non paritaire. Le Conseil exécutif fédéral yougoslave doit être composé «*en tenant compte*» des diverses nationalités (154). Dans l'élection des juges au Tribunal fédéral, l'Assemblée fédérale «*aura égard à ce que les trois langues officielles de la Confédération y soient représentées*» (155). Ces formules peu précises mais heureuses ne sont pourtant pas dépourvues de portée dans la mesure où elles traduisent un certain *état d'esprit* des gouvernants et contribuent à maintenir celui-ci.

Nous avons déjà évoqué la division des Chambres législatives belges en «*groupes linguistiques*». Cette division se produit dans deux catégories de cas:

En premier lieu, lorsqu'il s'agit de calculer la majorité dite «*surqualifiée*». Certaines lois, qui intéressent les rapports entre les deux communautés (156), ne peuvent, en effet, être adoptées que si elles ont recueilli: la majorité simple dans chacun des groupes linguistiques et la majorité des deux tiers des suffrages au sein de l'assemblée plénière, ceci à la

(152) Voyez art. 41, 42 et 43, et 157.

(153) Art. 86 *bis Constitution*. — Voyez *supra*, p. 196.

(154) Art. 226 *Constitution*.

(155) Art. 107 *Constitution*.

(156) Ces lois sont:

1° celles qui soustraient certains territoires à la division en provinces (ce qui les soustrait par le fait même à la division en régions linguistiques puisque celles-ci

Chambre comme au Sénat. Il va de soi que ce système constitue essentiellement une garantie pour la communauté minoritaire, c'est-à-dire pour les francophones.

En second lieu, pour la composition des Conseils culturels. Les groupes linguistiques des Chambres constituent, en effet, réunis deux à deux, le Conseil culturel pour la communauté culturelle française et le Conseil culturel pour la communauté culturelle néerlandaise. Ces deux assemblées unilingues exercent une compétence normative: leurs «décrets» ont force de loi soit dans la région de langue française, soit dans la région de langue néerlandaise (157). Le Roi et les membres des Conseils culturels ont le droit d'initiative en matière de décrets. Le Roi sanctionne les décrets comme il sanctionne les lois. L'essentiel de la compétence de ces conseils culturels se situe dans le domaine «culturel» et comprend l'établissement de dispositions générales sur l'enseignement (sous d'importantes réserves telles que tout ce qui touche à la «paix scolaire», aux structures de l'enseignement et aux subsides), la coopération culturelle entre les communautés et la coopération culturelle internationale. À l'exclusion du législateur, les conseils culturels règlent l'emploi des langues en matière administrative et dans l'enseignement public ou subventionné par les pouvoirs publics, ainsi que dans les relations sociales entre employeurs et travailleurs et dans les actes et documents que la loi ou les règlements imposent aux entreprises (158).

En somme, les décrets des conseils culturels sont des «lois régionales» adoptées par les membres des Chambres législatives représentant respectivement la communauté de langue française et la communauté de langue néerlandaise. Le système est ingénieux puisque, sans instituer un véritable fédéralisme, il confie à des organes représentatifs des

sont définies par les provinces et arrondissements sur lesquels elles s'étendent) (art. 1^{er}, al. 4);

2° celles qui modifieraient les limites des régions linguistiques (art. 3 *bis*),

3° celle qui doit déterminer le monde selon lequel les Conseils culturels (voyez *infra* dans le texte) exerceront leurs attributions et arrêter les «matières culturelles» qui sont de leur compétence, ainsi que les formes de coopération entre les communautés culturelles et les formes de la coopération culturelle internationale (art. 59 *bis*),

4° celle qui doit créer les organes des régions (région wallonne, région flamande et région bruxelloise, considérées comme distinctes des «régions linguistiques»), leur attribuer des compétences et déterminer le mode selon lequel ils les exerceront (art. 107 *quater*)

(157) Sous réserve de quelques exceptions et, dans certains cas, avec une extension à des institutions établies dans l'agglomération bruxelloise.

(158) Art. 59 *bis* introduit le 24 décembre 1970.

communautés un pouvoir *souverain* de légiférer dans certaines matières. Il est trop tôt pour se prononcer sur l'efficacité d'un système qui n'est pas encore entré en application. Des difficultés pourraient surgir, notamment en cas de conflit entre une loi et un décret (159). Mais une tentative aussi audacieuse de réalisation de l'autonomie culturelle au sein d'un État qui, pour le surplus, demeure unitaire, méritait d'être mentionnée, d'autant plus qu'elle assure la protection de certains droits de la minorité linguistique en lui attribuant le pouvoir de les régler comme elle l'entend.

Enfin, une attention particulière mérite d'être accordée à une procédure qui a été récemment introduite aussi dans la Constitution belge, à l'article 38 *bis* (160), et que nous avons déjà signalée, la procédure dite «*de la sonnette d'alarme*». Elle fait d'ailleurs appel également à la notion de «*groupes linguistiques*» des Chambres.

Le principe de cette procédure est qu'une motion motivée, signée par les trois quarts au moins des membres d'un groupe linguistique de l'une des Chambres, peut être introduite afin de déclarer que les dispositions d'un projet ou d'une proposition de loi sont susceptibles de porter gravement atteinte aux relations entre les communautés. Cette motion a pour effet de suspendre la procédure parlementaire. Dans les trente jours, le Conseil des ministres (*paritaire*) donne son avis. Celui-ci consistera vraisemblablement, le plus souvent, en une formule de compromis. Cette procédure ne peut être appliquée qu'une fois par un groupe linguistique à l'égard d'un même projet ou d'une même proposition de loi (161).

Seule l'expérience révélera si, d'une part, l'application de l'article 38 *bis* ne provoquera pas le «*blocage*» de la procédure législative et si, d'autre part, les compromis que ce système ingénieux est destiné à amener, sauvegarderont efficacement les intérêts de la minorité. Il semble, en tous cas, que la «*sonnette d'alarme*» aura au moins pour

(159) L'article 59 *bis* se borne à prévoir que «*la loi organise la procédure tendant à prévenir et à régler les conflits entre la loi et le décret ainsi qu'entre les décrets*».

(160) Introduit le 24 décembre 1970.

(161) Voyez R. SENELLE, *La révision de la Constitution, 1967-1970* (août-décembre 1970), «*Textes et Documents*», pp. 16-17.

Un rapprochement peut sans doute être fait entre cette procédure de la sonnette d'alarme et l'organisation des compétences du Conseil des Nationalités en Yougoslavie. Ce Conseil des Nationalités peut se réunir et délibérer selon une procédure spéciale à la demande de dix de ses membres sur tout projet ou toute question qui est à son ordre du jour et qui intéresse le principe de l'égalité entre les républiques, les peuples et les minorités nationales, ou encore les droits constitutionnels des Républiques et des Provinces autonomes. Amendement IX, 3, à la Constitution yougoslave.

effet d'alerter l'opinion publique et de faire en sorte que les populations intéressées par la mesure envisagée puissent manifester leur approbation ou leur désapprobation à l'égard de la proposition ou du projet en cause. Or il est incontestable que le législateur doit connaître les sentiments des citoyens à qui il s'apprête à imposer un certain régime d'emploi des langues, s'il veut éviter de créer de nouveaux problèmes linguistiques (162).

Conclusions

L'examen de la législation sur les droits linguistiques et culturels des minorités linguistiques fait apparaître sur le plan idéologique une opposition entre deux tendances.

La première, qui peut être rattachée à la philosophie libérale classique, repousse toute réglementation de l'usage des langues par les individus comme contraire à leur liberté. Cette liberté implique la faculté de s'exprimer dans la langue de son choix, de faire éduquer et instruire ses enfants dans cette langue, de s'adresser même aux autorités publiques et de ne recevoir de communication ou d'injonction de celles-ci que dans la langue de son choix. Cette liberté appartient aux individus non seulement dans leur vie privée, mais aussi dans leurs relations sociales. L'État ne peut imposer l'usage d'un idiome déterminé ni à l'employeur, ni au travailleur considérés tous deux comme également capables de décider par voie d'accord de la langue dans laquelle ils communiqueront. Toute contrainte en matière linguistique est considérée comme un mal en soi.

La seconde idéologie se fonde sur le principe d'égalité entre les individus, mais exige que cette égalité soit réalisée concrètement. Pour éviter que la liberté soit utilisée par les plus forts (économiquement, politiquement, voire intellectuellement) aux dépens des plus faibles, des règles impératives doivent être établies en matière d'emploi des langues. Non seulement l'autorité publique devra recourir à l'idiome parlé par les gouvernés à qui elle s'adresse, mais l'employeur devra user de la langue de ceux qui sont à son service et sur lesquels il exerce un pouvoir de direction. Les pouvoirs publics doivent encour-

(162) Le législateur de 1962 (*loi du 8 novembre modifiant les limites de provinces, arrondissements et communes et modifiant la loi du 28 juin 1932 sur l'emploi des langues en matière administrative et la loi du 14 juillet 1932 concernant le régime linguistique de l'enseignement primaire et de l'enseignement moyen*) n'aurait certainement pas commis l'erreur de rattacher les communes dites «des Fourons» à la province néerlandophone du Limbourg (en les enlevant à la province francophone de Liège) s'il avait mieux connu la volonté des habitants de ces communes.

rager et soutenir tout spécialement une culture d'un groupe ethnique minoritaire ou moins apte qu'un autre à maintenir son existence et son rayonnement. La législation doit encore, de manière plus générale, assurer par des mesures appropriées un certain équilibre entre les différentes communautés linguistiques. Cette conception de l'égalité linguistique comporte des sacrifices plus ou moins importants au détriment de la liberté des particuliers.

Cette opposition entre la liberté et l'égalité n'est pas propre à la matière qui retient ici notre attention. Burdeau constate que ces «deux pôles de l'idée démocratique» constituent des centres d'attractions antinomiques: «*La soif d'égalité, écrit-il, risque de méconnaître les exigences de la liberté*» (163). Égalité et liberté sont, l'une et l'autre, indispensables à l'existence d'une véritable démocratie. Mais chacune d'elles poussée à l'extrême exclut l'autre.

Il faut donc trouver un équilibre entre la liberté linguistique et le principe d'égalité conçu en fonction des réalités concrètes. «*In medio virtus*». Mais comment fixer ce juste milieu?

À vrai dire, la liberté sans restriction n'est pas réalisable. Ne serait-ce que pour assurer un fonctionnement adéquat des services publics, il faut bien imposer aux fonctionnaires l'usage d'une langue déterminée. Et le respect de la liberté linguistique du justiciable s'impose aussi aux juges.

De même, l'égalité absolue ne se conçoit guère. Les hommes ne sont pas naturellement égaux entre eux, les communautés qu'ils forment entre eux, encore moins. Et les réalités sociales, essentiellement changeantes, ne sauraient suivre des évolutions parfaitement parallèles au sein de groupes ethniques différents. Qu'il suffise ici d'indiquer, en nous référant une fois de plus à la Belgique, l'incidence d'une croissance démographique ou d'un développement économique qui ne présentent pas le même taux au sein de deux communautés linguistiques unies au sein du même État. Mais même dans une société qui ne serait pas soumise à de telles évolutions et dont les citoyens seraient résignés à voir réduire à néant leur liberté linguistique, l'égalité rigoureuse demeure un mythe. Prenons à nouveau l'exemple des fonctionnaires; le principe d'égalité voudra qu'ils soient recrutés dans chaque communauté linguistique en proportion du nombre de citoyens qui les composent; mais si les candidats appartenant à telle communauté se montrent moins aptes que ceux de telle autre, pourra-t-on, sans violer précisément ce principe d'égalité, faire preuve à leur égard d'une plus grande indulgence dans l'appréciation des conditions de recrutement? ...

(163) G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, 3^e éd., Paris, 1966, p. 93.

Un compromis entre l'égalité et la liberté est, en fait, inévitable. Le définir avec précision est l'affaire des hommes politiques. Nous y reviendrons.

Mais des principes juridiques en vigueur dans toute démocratie parlementaire marquent les limites extrêmes entre lesquelles, dans pareil régime, ce compromis peut se situer.

Du côté de la liberté, c'est-à-dire pour préserver l'essentiel de la liberté, il convient de prendre en considération ce qui est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine. À ce sanctuaire inviolable de l'autonomie individuelle appartient tout ce qui conditionne l'exercice des droits fondamentaux. Ainsi, le droit de tout accusé d'être informé dans sa langue de la cause de l'accusation portée contre lui (164), le droit de tout individu d'user de la langue de son choix dans sa vie privée (165), le droit de toute personne de manifester, éventuellement avec d'autres, ses convictions, notamment en matière religieuse, philosophique et politique (166) ne sauraient être restreints, même dans le but d'assurer une plus parfaite égalité entre citoyens parlant des langues différentes ou de maintenir l'équilibre entre les communautés linguistiques vivant dans le même pays.

Du côté de l'égalité, la préoccupation fondamentale sera d'écarter toute discrimination arbitraire fondée sur la langue (167). Mais l'égalité «*minimum*» que le législateur aura le souci de réaliser en tous cas sera plus qu'une simple égalité formelle, plus que cette égalité devant la loi comprise comme garantissant seulement que tous ceux qui se trouvent dans une situation de fait identique seront traités de la même manière (168) — ce qui constitue évidemment la condition première de toute égalité quelle qu'elle soit. Il faut, dans une société démocratique moderne, que le fait d'avoir comme langue maternelle telle langue nationale plutôt que telle autre, ne puisse représenter, en fait, concrètement, ni la source de privilèges, ni la cause d'obligations plus onéreuses. Comme il s'agit ici d'apprécier la situation «*in concreto*».

(164) Voyez art. 6, 3, a, de la *Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, et pp. 169 et suiv. ci-dessus.

(165) Voyez art. 8 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, et pp. 184 et suiv. ci-dessus.

(166) Voyez art. 8 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, et pp. 187 et suiv. ci-dessus.

(167) Ce que l'article 14 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* prescrit, mais seulement pour les droits fondamentaux qu'elle garantit. — Voyez *supra*, pp. 186 et suiv.

(168) Comp. Cass. belge, 2 mai 1965, *Pas.*, 1965, I, 924.

la limite devient plus floue; le critère de la limitation ne saurait demeurer parfaitement objectif et le seul recours est de procéder à des comparaisons avec les situations existant dans des pays considérés comme démocratiques.

Entre les limites extrêmes que nous avons cherché à définir, de nombreuses solutions sont possibles. Elles ne seront pas toutes aussi heureuses. Bien plus, un règlement des problèmes linguistiques satisfaisant à une époque déterminée, apparaîtra, un certain nombre d'années plus tard, inadmissible à une part plus ou moins importante de la population, en raison de l'évolution de facteurs tels que le nombre de citoyens appartenant aux diverses communautés, le caractère unilingue ou bilingue de certaines régions, le développement économique ou le développement culturel de telle ou telle partie du pays, etc. Il ne faut donc pas espérer établir une législation définitive, définissant une fois pour toutes les droits de chacun et les rapports entre les communautés. Il vaut mieux examiner l'influence des différents facteurs qui conditionnent les problèmes linguistiques et envisager les moyens d'agir sur ces facteurs eux-mêmes pour arriver à une solution durable, valable par exemple pour quelques décennies.

Nous touchons ici l'aspect le plus complexe des problèmes linguistiques. Ces problèmes ne peuvent être envisagés isolément, ou en dehors d'un contexte historique, économique, social et politique. Comme le «*problème noir*» aux États-Unis, ou comme le problème de l'Ulster pour la Grande-Bretagne, les problèmes linguistiques ne sont qu'un aspect de la vie politique et sociale du pays où ils se présentent. Pour les résoudre de manière durable, il faut donc prendre des mesures non seulement pour réglementer l'emploi des langues, il faut aussi mener une politique générale, une politique sociale, une politique économique qui soit de nature à apaiser les conflits linguistiques existants et à en conjurer d'autres.

L'équilibre à établir entre la liberté et l'égalité sera dès lors fonction, dans chaque pays, des événements de l'histoire et de l'interprétation qu'ils reçoivent dans la conscience populaire. Il dépendra des évolutions démographiques qui peuvent être prévues et de l'incidence des mesures qui pourront être prises pour les accélérer, les ralentir ou les enrayer. Il s'encadrera dans une politique générale plus ou moins progressiste ou plus ou moins conservatrice. Il sera renforcé par des mesures qui compenseront, dans une mesure plus ou moins importante, des inégalités sociales qui se superposent trop nettement aux clivages linguistiques. Il recevra un appui peut-être plus décisif encore par une politique économique qui procure une expansion dans les régions linguistiques où l'abaissement du taux de la natalité, le chômage, le sous-développement, etc. créent des circonstances favorables aux mouvements de mécontentement et de contestation.

Dans une mesure variable selon les circonstances, le principe de l'autonomie culturelle, dont nous avons vu qu'il contribue à réduire les tensions entre les communautés linguistiques (169) devra recevoir des prolongements sur le plan social et sur le plan économique. La récente reconnaissance de l'autonomie culturelle dans la *Constitution belge* s'est accompagnée de la reconnaissance de régions correspondant approximativement aux régions linguistiques dont les organes auront des compétences en matière d'expansion économique et en matière d'emploi notamment (170) et, simultanément, le législateur a institué un régime de «*décentralisation économique*» par la loi cadre du 18 juillet 1970 (171). L'autonomie reconnue aux communautés linguistiques ne doit donc pas nécessairement, même dans un État non fédéral, se limiter nécessairement et strictement aux matières «*culturelles*».

Pour le surplus, s'il fallait, à la lumière des expériences européennes, formuler le décalogue du législateur appelé à résoudre des problèmes linguistiques, nous mentionnerions les principes suivants:

1. Il ne faut légiférer que lorsque c'est réellement nécessaire. Un usage non écrit, bien établi et appliqué de bonne foi par ceux qui doivent le respecter est de loin préférable à un texte sujet à controverses et à interprétations. La manière dont l'équilibre linguistique est assuré au sein du Conseil fédéral suisse paraît à cet égard un modèle (172).
2. Toutefois, lorsque des droits individuels doivent être protégés, lorsque l'usage des langues par les autorités publiques d'une région bilingue ou plurilingue doit être réglé, lorsque l'autonomie culturelle doit être organisée, il convient généralement que le législateur intervienne, dans les pays de droit écrit.
3. La loi doit être sinon voulue, du moins acceptée par la majorité de ceux à qui elle devra s'appliquer. Les contraintes qu'elle comporte doivent leur apparaître comme nécessaires et légitimes.

(169) Voyez *supra*, p. 151.

(170) Art. 107 *quater* introduit le 24 décembre 1970. Voyez R. SENELLE, *op. cit.*, pp. 28 et suiv. Cette réforme demeure encore purement théorique car ni les organes des régions, ni leurs compétences n'ont encore été définis par aucun texte. Mais la *tendance* de l'article 107 *quater*, voté à la Chambre neuf jours après l'article 59 *bis*, créant les conseils culturels, est significative.

(171) Voyez *supra*, p. 194.

(172) Même si certaines difficultés ont surgi dans le passé. Une règle écrite ne les aurait sans doute pas évitées et l'établissement même de cette règle aurait sans doute excité les passions et provoqué de pénibles affrontements.

4. Les lois relatives à l'emploi des langues doivent être courtes, simples et claires. Il est particulièrement nécessaire d'éviter la multiplication des procès.
5. Cette brièveté et cette clarté impliquent que le législateur soit inspiré par un certain nombre de principes: droit de l'individu d'user de sa langue dans la vie privée, homogénéité des régions linguistiques, égalité des diverses langues nationales, etc. Les «*compromis*» entre communautés linguistiques qui ne seraient pas fondés sur des principes, mais inspirés, par exemple, par le souci d'atteindre des objectifs immédiats et, pis encore, par les préoccupations électorales de leurs négociateurs, ne pourraient apporter que des solutions à court terme.
6. L'autonomie culturelle — voire l'autonomie dans des matières autres que culturelles — apparaîtra souvent comme le moyen d'éliminer des conflits entre les communautés. Elle évitera aussi, dans certains cas, le recours à des mesures de contrainte.
7. Les règles impératives créant pour les individus l'obligation de s'exprimer dans une langue déterminée, seront aussi peu nombreuses que possible, ce qui n'interdira pas une action en faveur de la connaissance des différentes langues nationales.
8. Les sanctions pénales à l'égard de ceux qui n'observeraient pas la législation sur l'emploi des langues ne seront pas excessivement sévères. Sans cela, elles risqueraient fort de ne pas être appliquées et, si elles l'étaient, elles créeraient des «*martyrs*» d'une communauté linguistique et les problèmes linguistiques deviendraient d'autant plus difficiles à résoudre.

Les sanctions civiles aussi devront conserver une certaine souplesse.

Ces recommandations n'auraient pas été rappelées si l'examen des législations européennes ne révélait qu'elles ont été plus d'une fois perdues de vue.

Faut-il encore ajouter que les problèmes linguistiques doivent être abordés avec une totale bonne foi? — Il ne sert à rien de proclamer des principes de liberté et d'égalité en refusant d'examiner les situations concrètes et de tenir compte de la psychologie propre à chaque communauté linguistique. Le problème du statut linguistique de Bruxelles, l'un des plus épineux sans doute, ne trouvera pas de solution adéquate tant que les francophones n'auront pas pleinement conscience de la crainte de leurs compatriotes flamands de voir, dans la capitale du Royaume, se prolonger ou se reproduire une sujétion injuste de la communauté néerlandophone qui a existé dans le passé en Flandre même, et tant que les Flamands, dans leur ensemble, n'accepteront

pas que la majorité francophone de Bruxelles ne saurait se résoudre à des contraintes qui la mettraient elle-même dans une situation de sujétion. Une compréhension exacte des points de vue réciproques est une condition préalable de tout accord entre Flamands et francophones à propos de Bruxelles et cette compréhension implique elle-même une information objective et un esprit ouvert rejetant tout jugement *a priori*.

Montesquieu avait déjà aperçu le rapport des lois avec «*la nature du terrain*» sur lequel vivent les peuples, avec «*la nature du climat*» auquel ils sont soumis et, surtout, avec «*l'esprit général, les mœurs et les manières d'une nation*» (173). Ceci signifie assez que l'expérience des nations européennes n'est pas nécessairement applicable sans adaptations à une nation du continent américain.

Même si nous avons essayé de tirer des institutions des pays de l'ancien monde des principes généraux, à première vue universels, il demeure que les caractères propres du peuple québécois, son histoire, ses traditions, sa situation au sein de l'État fédéral canadien, peuvent comporter des particularités qui infirmeraient la valeur d'un de ces principes ou, surtout, qui rendraient indispensable l'application de règles complémentaires.

(173) MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, Livres XIV, XVIII et XIX notamment.

B. La compétence constitutionnelle et juridique pour instituer une langue ou des langues officielles au Québec. Opinions.

Constitutional-legal Competence as to Establishment of Official Language or Languages in Québec. Opinions.

- (i) La compétence constitutionnelle et juridique pour instituer une langue ou des langues officielles au Québec**

Opinion de

**M^e Gérald Beaudoin
(Université d'Ottawa)**

- (i) Constitutional-Legal Competence as to Establishment of Official Language or Languages in Québec**

Opinion of

**Gérald Beaudoin
(University of Ottawa)**

Août 1972 August

Monsieur le Président, vous avez exprimé le désir d'obtenir une opinion assez succincte sur la notion de langue officielle d'après le système constitutionnel canadien, et sur la capacité du Québec de légiférer en matière de langue officielle.

Le 10 janvier dernier, je vous faisais parvenir une opinion sur la réglementation de la langue de travail au Québec. J'analysais alors la situation sur le seul plan constitutionnel. Aujourd'hui encore, je m'en tiens au seul aspect juridique. Il appartient au Conseil des Ministres et au Législateur québécois d'adopter, sur le plan politique, la ligne de conduite appropriée.

Mon opinion comprendra trois parties:

- I — Le concept de langue officielle.
- II — Le Québec a-t-il la compétence constitutionnelle pour déclarer deux langues officielles?
- III — Le Québec a-t-il la compétence constitutionnelle pour déclarer une langue, seule langue officielle?

Ce sont là les trois questions que vous posez. Dans les réponses, que j'y apporte, je réponds également aux sous-questions qui accompagnent vos questions principales.

Première partie

Le concept de la langue officielle au Canada

La constitution d'un grand nombre de pays est silencieuse en matière de langue officielle, les constituants ne sentant pas le besoin de le prévoir.

Dans certaines fédérations, toutefois, on retrouve dans la loi fondamentale ou dans des lois organiques, des dispositions législatives qui assurent une certaine protection à l'usage d'une ou de plusieurs langues.

Le Canada est de celles-là.

En 1867, le Canada comprenait l'Ontario, le Québec, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick. Dans l'*Acte de 1867*⁽¹⁾, tel qu'il existait alors, l'on ne retrouve qu'un seul article sur les langues, soit l'article 133.

(1) *The British North America Act*, 1867, 30-31 Victoria, c. 3.

L'article 133 traite, on le sait, de l'usage des langues française et anglaise au parlement central, à la législature du Québec, au sein des tribunaux fédéraux et québécois; les lois fédérales et québécoises doivent être imprimées et publiées dans les deux langues.

Nous verrons plus loin dans quelle mesure cet article constitue une garantie constitutionnelle.

Le Manitoba entra dans la *Confédération* en 1870. L'article 23 de sa loi constitutive⁽²⁾ prévoit que l'usage du français et de l'anglais sera facultatif dans les chambres législatives (il y en avait alors deux), obligatoire pour la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux des dites chambres; facultatif dans les plaidoiries au sein des tribunaux manitobains et fédéraux; enfin, cet article prévoit que les lois manitobaines doivent être imprimées et publiées dans les deux langues.

La Colombie britannique, en 1871, et l'Île du Prince Édouard, en 1873, entrèrent dans la *Confédération* à la suite d'un arrêté en conseil impérial, adopté, dans chaque cas, sous l'empire de l'article 146 de l'*Acte de 1867*. Il n'existe pas, dans leur constitution, un article analogue à l'article 133.

À partir de 1877, nous avons eu un bilinguisme officiel dans les Territoires du Nord-Ouest, mais l'usage du français fut aboli par la suite. Certains juristes expriment des réserves sur la constitutionnalité de cette abolition dans lesdits territoires, et ces doutes valent également pour le Yukon, et les provinces de l'Alberta et de la Saskatchewan, créés en 1905, à même lesdits territoires⁽³⁾.

Enfin, Terre-Neuve devint la dixième province en 1949⁽⁴⁾.

Mais, nous ne relevons, dans cette province, aucune garantie constitutionnelle pour le français.

(2) *Acte du Manitoba*, 1870, 33 Victoria, c. 3, (Canada).

(3) Voir à ce sujet: le Livre I du *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, aux pages 51 et 52. Malgré certains doutes, on considère le français comme non officiel au Yukon, dans les Territoires du Nord-Ouest, en Alberta et en Saskatchewan. Toutefois, les lois constitutives du Manitoba, de l'Alberta et de la Saskatchewan étant des lois fédérales, le texte français et anglais ont une même valeur juridique.

M^{re} Claude-Armand Sheppard, dans son étude intitulée: «*The law of languages in Canada*» (Études pour la Commission Royale d'Enquête sur le Bilinguisme et le Biculturalisme, No 10), écrit à la page 313: «*An academic argument can be made for official bilingualism in the Northwest Territories and the Yukon*» «... despite some technical reservations about Alberta and Saskatchewan... English is the only official language».

(4) *The British North America Act* (No. 1) 1949, 12-13 George VI, c. 22.

La même année, la loi fondamentale canadienne de 1867 était modifiée par l'addition de l'article 91 (1) qui habilite l'autorité centrale à modifier la *Constitution du Canada* sauf *inter alia*: «... en ce qui regarde l'emploi de l'anglais et du français.»⁽⁵⁾

Peut-on parler de concept de langues officielles au Canada?

Au sein même du texte constitutionnel de 1867, il n'existe pas de concept de langues officielles véritable au niveau fédéral et provincial. Il n'y a pas, à tous les niveaux, une ou deux langues déclarées officielles⁽⁶⁾.

Il s'agit, en somme, d'un embryon de bilinguisme officiel, de mesure de protection pour le français et l'anglais en certains milieux.

Au niveau fédéral, ce bilinguisme existe dans la mesure prévue à l'article 133. Il faut évidemment ajouter que le pouvoir central est allé au-delà de l'article 133, notamment dans le domaine de la monnaie, des chèques, etc., et surtout, en adoptant, en 1968, la loi des langues officielles⁽⁷⁾, qui prévoit à l'article 2 que:

«L'anglais et le français sont les langues officielles du Canada pour tout ce qui relève du Parlement et du Gouvernement du Canada; elles ont un statut, des droits et des privilèges égaux quant à leur emploi dans toutes les institutions du Parlement et du Gouvernement du Canada.»

Mais, cette dernière mesure n'est qu'une simple loi.

Au niveau provincial, il y a l'article 133 qui concerne le Québec. Il y a évidemment un certain nombre de dispositions législatives qui ont été édictées par le Québec et qui sont relatives à l'usage du français et de l'anglais, dans des secteurs qui relèvent de la compétence du Québec. Toutefois, il n'y a pas de loi sur la ou les langues officielles. Il y a également l'article 23 de la loi du Manitoba, dont nous parlons ci-haut. Cette disposition a été abolie en 1890⁽⁸⁾; nous reviendrons plus

(5) *The British North America Act* (No. 2) 1949, 13 George VI, c. 81 «... except as regards the use of the English or the French language.»

(6) «L'article 133 accorde les mêmes droits au français et à l'anglais en certaines circonstances, mais n'établit pas de langues officielles pour le Canada. Présumant sans doute que l'anglais serait la langue de la majorité, les Pères de la Confédération ne lui ont pas reconnu de statut officiel dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, statut qui n'a d'ailleurs pas plus été reconnu au français.»

«Du point de vue constitutionnel, le Canada n'a donc pas de langue officielle.»

Rapport du comité parlementaire mixte sur la *Constitution du Canada* (Rapport Molgat-MacGuigan). Chapitre 10 — Les droits linguistiques, pp. 22 et 23.

(7) Statuts du Canada, 1968-69, c. 54.

(8) S.M. 1890, 53 Vict., chap. 14.

loin sur cet important problème. L'article 23 s'apparente, en droit, à l'article 133.

L'article 133 ne s'applique à aucune autre province. Au Nouveau-Brunswick, où existe une forte minorité francophone, nous relevons une mesure législative récente sur les langues officielles⁽⁹⁾.

Plusieurs provinces ont légiféré sur la langue d'enseignement, la langue des procès, etc.⁽¹⁰⁾.

Il ressort de ce qui précède qu'une protection est assurée à l'usage du français et de l'anglais en certains milieux par le texte même de la Constitution, et, que des lois fédérales et provinciales ont étendu le champ d'activité du bilinguisme au-delà de l'article 133. (Dans certains cas, c'est l'unilinguisme que l'on a imposé au niveau provincial par des lois.) La protection offerte par la Constitution même est de la nature d'une garantie constitutionnelle. Nous verrons, un peu plus loin, si cette garantie est absolue ou relative. La protection assurée par de simples lois n'est pas une garantie constitutionnelle stricte.

Deuxième partie

Le Québec a-t-il la compétence constitutionnelle pour déclarer deux langues, comme langues officielles?

La deuxième question qui se pose est celle de savoir si le Québec, dans le cadre constitutionnel actuel, peut déclarer deux langues, comme langues officielles: en l'occurrence, le français et l'anglais. La réponse globale est dans l'affirmative.

De la même manière que l'autorité centrale, pour tout ce qui relève du Parlement et du Gouvernement du Canada, a décrété, par une loi, que le français et l'anglais étaient les langues officielles, de même le Québec peut adopter une loi prévoyant que le français et l'anglais sont les deux langues officielles du Québec dans tous les domaines qui tombent sous la compétence législative reconnue au Québec par la loi constitutionnelle de 1867 (notamment par les articles 92 et 93).

(9) Statutes of New Brunswick, 1969, c. 14.

(10) Voir mon opinion du 10 janvier 1972, p. 10.

Vide: Armand L. C. de Mestral et William Fraiberg «*Language Guarantees and the Power to Amend the Canadian Constitution*», McGill Law Journal, 1966-67, p. 502, aux pages 502-3-4.

L'article de base d'une telle législation québécoise pourrait se libeller ainsi:

«Le français et l'anglais sont les langues officielles du Québec pour tout ce qui relève de la Législature et du Gouvernement du Québec; elles ont un statut, des droits et des privilèges égaux quant à leur emploi dans toutes les institutions de la Législature et du Gouvernement du Québec.»

Ce serait la contre-partie de l'article 2 de la loi fédérale sur les langues officielles.

D'autres dispositions de cette loi pourraient traiter directement des tribunaux provinciaux, des écoles, des lois, et du secteur provincial du travail.

En ce faisant, le Québec ajouterait, certes, à la partie provinciale de l'article 133, sans toutefois contrarier les termes dudit article. Il étendrait le bilinguisme au-delà de la Législature et des tribunaux québécois, domaines auxquels se restreint l'article 133 actuel.

Sur le plan strictement constitutionnel, cette attitude ne soulève aucune difficulté.

Dans mon opinion du 10 janvier, je m'en explique.

Il n'y a pas dans la *Constitution de 1867*, au chapitre de la répartition des pouvoirs, une compétence énumérée en matière linguistique. Ni l'autorité fédérale, ni les autorités provinciales n'ont reçu une compétence «nommée» sur les langues (*in relation to languages*). L'opinion qui semble le plus communément admise chez les juristes veut que le Parlement central et les Législatures provinciales puissent légiférer en matière linguistique en vertu de leur compétence dite «ancillaire»⁽¹¹⁾. En légiférant dans leurs domaines respectifs, le fédéral et le provincial, en vertu de leur compétence ancillaire, peuvent légiférer en matière de langue dans lesdits domaines.

(11) A. L. C. de Mestral et W. Fralberg, *op. cit.*, pp. 505 et 506. J. B. Paradis, «*Language Rights in Multicultural States: A Comparative Study*», *La Revue du Barreau canadien*, 1970, page 651, à la page 677. C.A. Sheppard, «*The Law of Languages in Canada*», Étude n° 10, Commission sur le Bilinguisme et le Biculturalisme, p. 102. F.B. Sussmann, «*Bilingualism and the Law in Canada*», p. 11, aux pages 16-17, article paru dans le cadre des «*Travaux du sixième colloque international de droit comparé*», Éditions de l'Université d'Ottawa, 1969. À la Chambre des communes, Me Mark MacGuigan, ancien doyen de la Faculté de droit de Windsor (et plus tard, coprésident du comité parlementaire sur la Constitution) déclarait: «*It is true that there is no explicit power with regard to language in the British North America Act for either level of government. This means that it either comes under the federal residual power or — and this is the more usual interpretation — it is ancillary to other powers in the Constitution*», Débats de la Chambre des Communes, 20 mai 1969, page 8877.

À ce sujet, le Premier Ministre du Canada, en réponse à une objection formulée par le Juge Thorson, soutenait, en novembre 1968, que:

«... both Parliament and the Legislatures, acting within their respective jurisdictions, are competent to legislate so as to deal with languages as a means of communication, be the language English, French or any other language for that matter so long as the legislation does not conflict with the principles contained in section 133⁽¹²⁾».

Nous étudierons dans la dernière partie la question de savoir quelle autorité peut amender l'article 133. Pour la solution du deuxième problème, il n'est pas nécessaire de résoudre cette question. Pour rendre le français et l'anglais officiels au Québec, la Législature québécoise n'a qu'à ajouter à ce qui est déjà prévu à l'article 133. Elle n'a pas besoin de le modifier. Actuellement, les deux langues sont officielles à l'Assemblée nationale et dans les cours de justice créées par la province; de plus, les lois québécoises sont adoptées dans les deux langues. C'est déjà plus que ce qui existe ailleurs au niveau provincial. La Législature pourrait rendre ces deux langues officielles dans les écoles québécoises (il n'y a rien à l'article 93 qui le lui interdit, attendu que cet article ne concerne que la religion et non la langue)⁽¹³⁾, dans les secteurs privés et publics du travail qui tombent sous la compétence législative provinciale⁽¹⁴⁾, dans la fonction publique québécoise⁽¹⁵⁾, et, de façon globale, dans tous les domaines que la *Constitution* attribue aux provinces, car en ces domaines énumérés, la province jouit de la souveraineté de l'État⁽¹⁶⁾.

(12) P. E. Trudeau, «*Proposed Official Languages Act*», Chitty's Law Journal, January 1969, p. 2. Voir également J. B. Paradis «*Language Rights in Multicultural States: A comparative Study*», La Revue du Barreau canadien, 1970, page 651, à la page 686 et Robert Kerr, «*Regina v. Murphy and Language Rights Legislation*», 1970, U.N.B. Law Journal, page 35, aux pages 45-46.

Claude-Armand Sheppard dans son étude précitée écrit à la page 102: «*There is no doubt that both Parliament and the provincial legislatures can legislate at will, subject to s. 133, to regulate the incidental or ancillary linguistic aspects of the exercise of their legislative power.*»

(13) Arrêt MacKell, 1917, A.C. 62. Lord Buckmaster, aux pages 69 et 74.

(14) La jurisprudence fait entrer, en principe, le domaine du travail sous l'article 92 (13). *Vide* l'arrêt Snider, 1925, A.C. 326; l'arrêt sur les Conventions du Travail, 1937, A.C. 326. Le Fédéral a juridiction en matière de travail, dans les domaines qui tombent sous sa compétence: *vide* l'affaire des débardeurs, 1955, R.C.S. 529, l'affaire Bell Telephone, 1966, R.C.S. 767; l'affaire Agence Maritime, 1969, R.C.S. 851. La province, en se servant de son pouvoir dit «*ancillaire*» peut réglementer la langue de travail des entreprises qui tombent sous sa compétence législative.

(15) Article 92 (4) de l'Acte de 1867. La fonction publique n'entre pas sous 133. *Vide* De Mestral, article cité, p. 506.

(16) Hodge c. La Reine (1883-1884), 9, A.C. 117, p. 132; l'arrêt Maritime Bank, 1892, A.C. 437, aux pages 441-443; l'arrêt Muir Edwards, 1930, A.C. 124, à la page 126; le renvoi sur le Référendum, 1919, A.C. 935, à la page 942.

Notons, en passant, que si la province édictait une loi sur les langues officielles, il serait approprié de prévoir que les lois québécoises seront adoptées et publiées dans les deux langues et non pas seulement «*imprimées*» et «*publiées*» dans les deux langues comme le prévoit l'article 133⁽¹⁷⁾.

Une telle loi québécoise sur les langues officielles ne serait, toutefois, qu'une simple loi qu'une Législature subséquente pourrait modifier à volonté. Pour que les dispositions échappent au pouvoir législatif provincial, il faudrait les intégrer au corps même de la Constitution. Ce qui met en branle une autre technique: celle de l'amendement constitutionnel.

Troisième partie

Le Québec a-t-il la compétence constitutionnelle pour déclarer une langue, seule langue officielle?

C'est de beaucoup la question la plus difficile à résoudre.

Elle pose le problème de l'amendement de l'article 133.

Cet article 133 comprend une partie que j'appellerais «*fédérale*» et une partie «*provinciale*». Le français et l'anglais sont protégés d'une part au parlement fédéral, dans les cours fédérales⁽¹⁸⁾, et dans les mesures législatives fédérales (les deux textes étant officiels)⁽¹⁹⁾, et, d'autre part, à la législature québécoise, devant les cours de justice créées par le Québec⁽²⁰⁾ et les lois québécoises (les deux textes étant officiels)⁽²¹⁾.

(17) La Commission Laurendeau-Dunton — Livre I, *Les langues officielles*, p. 141, n° 418, recommandait que le mot «*promulguées*» soit substitué au mot «*imprimées*». C'est déjà une amélioration. Cependant, il serait plus juste de dire «*adoptées*» que «*promulguées*». Car, en droit parlementaire, les lois subissent les trois lectures dans les deux langues. Elles sont adoptées dans les deux langues et non pas seulement promulguées dans les deux langues. Le mt promulgation se réfère plutôt à la proclamation qu'à l'adoption d'une loi.

(18) C'est-à-dire, les cours créées en vertu de l'article 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1867.

(19) Article 133. Arrêt Dubois, 1935, R.C.S. 378; arrêt Winthrop, 1948, R.C.S. 46; l'affaire C.A.P.A.C., 1951, R.C.S. 596 et enfin, l'arrêt Goodyear, 1956, R.C.S. 610.

(20) En vertu de l'article 92 (14).

(21) Article 133.

Nous savons que l'article 91 (1) dans l'une de ses exceptions interdit formellement à l'autorité centrale d'amender l'article 133⁽²²⁾. Dans l'état actuel de notre droit constitutionnel, seul le Parlement de Westminster pourrait le faire⁽²³⁾. D'après l'usage conventionnel, il faudrait une Adresse des deux chambres fédérales. Et d'après un autre usage, il faudrait l'accord de toutes les provinces. Il n'y a pas de disposition semblable qui lie la province. Alors se pose la question de savoir si la province peut amender la partie «*provinciale*» de l'article 133.

Le paragraphe 1 de l'article 92 habilite la province à modifier, chaque fois qu'il y aura lieu et nonobstant toute disposition de l'*Acte de 1867*, la constitution de la province sauf en ce qui concerne la fonction de lieutenant-gouverneur⁽²⁴⁾.

L'article 92 (1) habilite-t-il la Législature à amender la partie de 133 qui concerne le Québec?

Toute la question est de savoir si la protection accordée au français et à l'anglais au sein de la Législature québécoise et devant les tribunaux québécois fait partie de la «*Constitution de la province*» au sens de l'article 92 (1). (La réserve relative au lieutenant-gouverneur n'a aucune application ici, nous l'écartons pour les fins de notre étude.)

Qu'en pensent la jurisprudence et la doctrine?

Nous verrons dans les lignes qui suivent que la jurisprudence s'est prononcée dans une certaine mesure sur ce point, et que la doctrine est divisée sur la question, et qu'en tout état de cause ni le Comité Judiciaire du Conseil Privé, ni la Cour Suprême du Canada, n'ont rendu un arrêt sur le sujet. Enfin, pour donner une réponse adéquate à cette question, nous serons amené à étudier le cas de l'abolition du statut du français au Manitoba en 1890, et la question de la langue d'enseignement au Québec.

(22) Article 91 (1). Amendement St-Laurent. The *B.N.A. Act* (No. 2) 1949. La rubrique 1 de l'article 91 est devenue la rubrique 1 A et une nouvelle rubrique 1 relative au pouvoir fédéral d'amendement fut ajoutée. «*The amendment from time to time of the Constitution of Canada, except... as regards the use of the English or the French language...*»

(23) Paul Gérin-Lajoie, «*Du pouvoir d'amendement constitutionnel*», La Revue du Barreau canadien, 1951, p. 1136, à la page 1154.

(24) «*The Amendment from time to time, notwithstanding anything in this Act, of the Constitution of the Province, except as regards the Office of Lieutenant-Governor.*»

La jurisprudence

Étudions en premier lieu l'arrêt Ulmer⁽²⁵⁾.

Cette affaire porte sur le pouvoir de la province d'Alberta de légiférer en matière d'éducation. Les Juges Stuart et Beck de la Cour d'appel albertaine ont fait des commentaires sur le sens des mots «*Constitution of the Province*» employés à l'article 92 (1). Monsieur le Juge Stuart fait remarquer, à la page 313, que le pouvoir octroyé aux provinces par l'article 92 (1) n'habilite certes pas ces dernières à modifier le partage des compétence législatives effectué par les articles 91, 92 et 93. (Sur ce point, les juristes s'accordent.) Il fait remarquer à la même page:

«So that in sec. 92, sub-sec. 1, the meaning of the words 'Constitution of the Province' must probably be restricted to the form of the governmental and legislative machinery and even then according to the case just cited the Province may not abolish the representative principle in its Legislature.»

Et à la page 316:

«Perhaps it is worth noting that sec. 88 just quoted refers to the 'Constitution (not of the provinces but) of the Legislature' of New Brunswick and Nova Scotia. This might suggest that the use of the different phrase in sec. 92, sub-sec. 1, «The Constitution of the province» was intended to express something more than the mere 'Constitution of the Legislature'.

«It is, of course, as I have already suggested, somewhat difficult to see what else, other than the composition, method of election, length of term of the 'Legislature' of a Province can, under our system, be conceived of as forming the 'Constitution' of the Province. For I put aside the judicial system as being specifically mentioned in sub-sec. 14 of sec. 92 and the executive power as being vested in the King as represented by the Lieutenant-Governor, legislation in regard to which office is expressly excepted; although it is conceivable that some particular common law prerogative of the Crown with relation to the government of the Province might at least with the Crown's consent be taken away by provincial legislation on the theory that this does not touch the 'office' of the Lieutenant-Governor but merely the prerogative power of the Crown generally as exercisable by that officer.»

(25) 1923, 1 D.L.R., 304.

Monsieur le Juge Beck conclut, à la page 327:

«Thus it seems to me reasonably clear that the power to change the constitution can only be exercised in relation to those matters which are treated of under art. V and captioned 'Provincial Constitutions'.»

L'article 133 n'apparaissant pas sous la partie V de l'Acte de 1867, il ne ferait pas partie de la Constitution de la Province. La Partie V de l'Acte de 1867 intitulée «*Provincial Constitution*» comprend les articles 58 à 90, inclusivement.

Si l'on accepte cette conclusion, le Québec ne pourrait pas modifier la partie de l'article 133 qui le concerne.

Un second arrêt présente également un intérêt, c'est l'affaire *Fielding v. Thomas*⁽²⁶⁾. Cette décision porte sur la compétence de la Législature de la Nouvelle-Écosse d'édicter une loi sur les droits et privilèges et immunités des députés.

Le Lord Chancellor fait remarquer aux pages 610 et 611:

«It surely cannot be contended that the independence of the provincial legislatures from outside interference, its protection, and the protection of its members from insult while in the discharge of their duties, are not matters which may be classed as part of the constitution of the province, or that legislation on such matters would not be aptly and properly described as part of the constitutional law of the province.»

En conclusion, on peut dire que si l'on excepte la remarque du Juge Beck, la jurisprudence n'est pas concluante au sujet de l'article 133.

La doctrine

Nous sommes en présence de deux écoles.

Une première école veut que l'article 133 soit intangible (*entrenched*) et qu'il soit ainsi à l'abri de toute atteinte par la législature québécoise. D'ailleurs, c'était là l'intention des Pères de la Confédération. Sans doute, a-t-on le précédent de l'abolition du français au Manitoba en 1890, en dépit de l'article 23 qui s'apparente à l'article 133. Mais, affirment les tenants de cette théorie, cette loi manitobaine de 1890 est invalide. L'affaire, comme on le sait, n'a jamais été portée à l'attention des tribunaux.

(26) 1896, A.C. 600.

Une seconde école affirme que la partie provinciale de l'article 133 fait partie de la «*Constitution de la Province*», et que, en conséquence, le Québec, en vertu de l'article 92 (1) de l'*Acte de 1867* peut la modifier.

Si ce sont les tenants de la seconde école qui ont raison, il s'ensuivrait que le Québec pourrait modifier l'article 133 et prévoir qu'à l'Assemblée nationale et devant les tribunaux seul le français est officiel (sauf peut-être pour les procès criminels, à cause de la présence de l'article 91 (27)).⁽²⁷⁾

Si l'on favorise la première théorie, on doit conclure qu'à l'Assemblée nationale, devant les tribunaux québécois et dans les textes de lois, les deux langues sont officielles et que Québec n'y peut rien changer de son seul chef.

Cependant, pour le surplus, le français pourrait être la seule langue dans le monde provincial du travail, dans les écoles québécoises, dans la fonction publique, et les autres domaines provinciaux, et ceci, peu importe la théorie que l'on favorise; car, ne l'oublions pas, la protection offerte par l'article 133 est restreinte à la Législature, aux tribunaux dits «provinciaux» et à l'impression et la publication des lois dans les deux langues.

Première école

Les tenants de cette école croient que l'article 133 constitue un minimum et que ce minimum, étant de la nature d'une garantie constitutionnelle, est, *per se*, intangible. Seul le Parlement de Londres pourrait le modifier. L'article 133 est de droit fondamental et ne fait pas partie de la constitution provinciale.

La première théorie rencontre l'assentiment de beaucoup d'auteurs. Traitant de l'article 133, M^e Paul Gérin-Lajoie remarquait, en 1957:

«Les droits en question sont de la nature de garanties intangibles encore plus fondamentales que les attributs de la souveraineté provinciale.»⁽²⁸⁾

(27) Herbert Marx, article cité, écrit à la page 259: «*The Federal Parliament has provided, in accordance with s. 133, of the B.N.A. Act, that all proceedings in the criminal courts of Quebec can be in either the English or French languages. The Quebec Legislature cannot enact that only one language be official in the Province because this would trench on Federal authority in the field of criminal law and procedure.*» M^e Marx n'est pas un partisan de la seconde théorie, mais de la première école. Mais, sur le point en question, les partisans de la seconde théorie admettent son point de vue.

(28) P. Gérin-Lajoie, «*Du pouvoir d'amendement constitutionnel*», La Revue du Barreau canadien, 1951, p. 1136, à la page 1154.

Le Doyen Frank Scott note à son tour:

«Strangely enough the validity of Manitoba's statute of 1890 abolishing French as an official language in that province was never tested in the courts; had it been, I personally do not see how it could be upheld. It has always seemed to me that Manitoba was placed on the same footing as Quebec, and that if the Manitoba law of 1890 establishing English as the sole official language was valid, then there is no security for the English language in my province.»⁽²⁹⁾

M^e Pierre Elliott Trudeau écrivait en 1964:

«Ainsi le fédéral n'intervint pas lorsque le Manitoba, faisant fi de la Constitution, abolit l'usage de la langue française dans la Législature.»⁽³⁰⁾

Et en réponse au juge Thorson, il écrivait en 1969:

«... so that proper conclusion must necessarily be that both Parliament and the Legislatures, acting within their respective jurisdictions, are competent to legislate so as to deal with language as a means of communication, be the language English, French or any other language for that matter so long as the legislation does not conflict with the principles contained in section 133.»⁽³¹⁾

Le professeur Marx, dans son étude sur les droits linguistiques, s'exprimait ainsi:

«It would seem that unilateral Provincial legislation affecting the guarantee in s. 133 would be ultra vires for at least two major reasons. Firstly, because s. 133 is fundamental law which cannot be unilaterally altered by a Provincial Legislature, and secondly, because it would trench on Criminal Procedure which is under exclusive Federal jurisdiction by s. 91, head 27 of the B.N.A. Act.»⁽³²⁾

Le professeur Sussmann:

«As already pointed out, Section 133 is entrenched.»⁽³³⁾

(29) F.R. Scott, *«Civil Liberties and Canadian Federalism»*, p. 32.

(30) P.E. Trudeau, *«Le fédéralisme et la société canadienne-française»*, p. 210.

(31) P.E. Trudeau, *«Proposed Official Languages Act»*, Chitty's Law Journal, January 1969, p. 2.

(32) Herbert Marx, *«Language Rights in the Canadian Constitution»*, Thémis, 1967, p. 239, à la page 242.

(33) Frederick B. Sussmann, article cité, à la page 15.

La Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme semble épouser les vues des tenants de la première théorie⁽³⁴⁾.

D'autres auteurs et juristes se rallient à cette théorie⁽³⁵⁾.

Il est difficile de prédire en quel sens la Cour Suprême se prononcerait. Les vues sont partagées⁽³⁶⁾. Il est probable, à mon avis, qu'elle épouserait la première théorie.

Deuxième école

Les tenants de cette seconde théorie interprètent de façon libérale l'expression «*Constitution of the Province*» qui apparaît à l'article 92 (1), ainsi que la clause «*non obstante*». Pour eux, l'article 133 (comme l'article 128 d'ailleurs) fait partie de la «*Constitution provinciale*». Cette dernière expression ne saurait être restreinte à la Partie V de l'Acte de 1867. À cet égard, les commentaires du Juge Beck dans l'affaire Ulmer ne constituent qu'un *obiter dictum*⁽³⁷⁾. Il est probable que les Pères de la Confédération aient voulu que l'article 133 soit

(34) *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*. Volume I. «*Les langues officielles*», p. 55, n° 161. «*S'il s'agit d'attributions accessoires ou auxiliaires (ancillary), il ne paraît faire aucun doute que le Parlement et les assemblées provinciales peuvent légiférer comme bon leur semble, sous réserve de l'article 133.*»

(35) Semble se prononcer également dans ce sens, le doyen Jean Beetz dans son article intitulé: «*Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867*»; cet article a paru dans «*L'avenir du fédéralisme canadien*», édité par P.A. Crépeau et C.B. MacPherson, p. 113, à la page 114. Voir également l'opinion de M.S. Donnelly, «*The Government of Manitoba*», pp. 34-35, où l'auteur écrit que la loi manitobaine de 1890 abolissant le français était *ultra vires*. Le même raisonnement vaudrait pour le Québec. Cette opinion de Donnelly est citée par Me Jean-Charles Bonenfant dans un article intitulé: «*La dualité linguistique au Manitoba*», paru dans «*Mémoires de la Société Royale du Canada*», Série IV, Tome VIII, 1970, p. 140. L'ancien Premier Ministre, Louis St-Laurent, disait en 1949 que l'article 133 est de «*droit fondamental*»; Debates H. of C., Oct. 17, 1949, page 834. Le Bâtonnier Claude Gagnon, c.r., maintenant Juge à la Cour d'appel, s'est prononcé en ce sens devant le Comité parlementaire de la Constitution, le 18 juin 1970.

(36) M^e de Mestral, article cité, propose une protection accrue pour l'anglais au Québec. À la page 515, note 57, il exprime la crainte suivante: «*This argument is predicated on the assumption that Canadian courts, often ready to look to the letter rather than to the spirit of a legal question, would be hesitant to declare the Manitoba Official Language Act ultra vires.*» Il craint l'application de la seconde théorie.

(37) M^e Jacques-Yvan Morin et M^e Louis Bernard, témoignages devant la Commission permanente de l'Assemblée nationale, le 9 septembre 1970, au sujet de l'article 128 et de la portée de l'article 92 (1).

intangible⁽³⁸⁾. Mais leurs vues ont été déjouées. Et ceci, même pour l'article 80 qui lui est bel et bien à la partie V de la Constitution⁽³⁹⁾ et qui peut être amendé par une simple loi passée sous l'autorité du paragraphe (1) de l'article 92.

Dans un article intitulé «*La dualité linguistique au Manitoba*», Monsieur le professeur Jean-Charles Bonenfant traitant *inter alia* de l'abolition du français au Manitoba, en 1890, écrit à la page 140:

«*Je suis porté à penser que la législature du Manitoba avait le droit d'agir.*»⁽⁴⁰⁾

Si ce même auteur avait à se prononcer sur la modification possible de l'article 133 par le Québec, il se prononcerait logiquement dans le même sens.

Les tenants de cette seconde théorie voient entre les articles 128 et 133 une certaine similitude. Les deux articles comportent une partie «*fédérale*» et une partie «*provinciale*»; les deux articles ne font pas partie de la Section V de l'Acte de 1867. Mais, pour eux, il ne fait pas de doute que ces deux articles dans leur partie «*provinciale*» font partie de la «*Constitution du Québec*» au sens de l'article 92 (1)⁽⁴¹⁾.

Comme je le disais plus haut, si l'on adopte cette seconde théorie, ceci veut dire que le Québec pourrait rendre le français seule langue officielle à l'Assemblée nationale, et dans les textes de lois et devant

(38) De Mestral, op.cit., p. 517. «*The possible lacunae are surely contrary to the intent of the Fathers of Confederation.*» A. de Mestral et W. Fraiberg dans leur article intitulé: «*Language Guaranties and the Power to Amend the Canadian Constitution*», 1966-67, McGill Law Journal, p. 502, exposent les deux théories aux pages 509 à 513. C. A. Sheppard, «*There is no doubt that the recognition of Quebec's right to amend section 133 would defeat the apparent intention of the Fathers of Confederation, but so did the 1890 Manitoba abolition of French.*», p. 105.

(39) Dans un article paru dans l'*Action* du 15 octobre 1970, le professeur J. C. Bonenfant écrit que Québec peut abroger l'article 80 par une simple loi passée sous l'empire de l'article 92 (1). Au sujet de cet article 80, M^e L.-P. Pigeon a écrit une note fort intéressante en bas de la page 416 d'un article intitulé: «*Le sens de la formule Fulton-Favreau*», McGill Law Journal, 1966-67, p. 403. Pour la solution du problème actuel, il n'est pas nécessaire de considérer la technique d'amendement de l'article 80. Nous ne faisons que la mentionner en passant. Mentionnons enfin que le Législateur québécois s'est prononcé. L'article I du chapitre 7 des *Statuts du Québec* de 1970 stipule que «*L'article 80 de la Loi de l'Amérique du Nord Britannique cesse d'avoir effet.*»

(40) Mémoires de la Société Royale du Canada, Série IV, Tome VIII, 1970, page 133 à la page 140.

(41) M^e Jean-Charles Bonenfant dans un article paru le 25 juin 1970 dans l'*Action* conclut que le Québec peut amender la partie provinciale de l'article 128 car pour lui: «... la constitution de la province, au sens matériel du mot, c'est l'ensemble des dispositions qui prévoient l'organisation et le fonctionnement de l'État provincial quel que soit l'endroit où l'on retrouve ces dispositions.»

tous les tribunaux québécois. L'anglais ne serait officiel que pour les seuls procès en matière criminelle⁽⁴²⁾. L'unilinguisme français pourrait être décrété dans tous les secteurs «provinciaux».

Le Sénateur Eugène Forsey traitant de l'amendement de l'article 128 (qui s'apparente à 133) considère les deux théories possibles. Pour lui, il y a un doute⁽⁴³⁾. D'autres auteurs s'interrogent sur la portée de l'article 92 (1)⁽⁴⁴⁾. Enfin, le professeur Bonenfant cite les paroles de Sir John A. MacDonald au moment de l'adoption de la *Loi sur le Manitoba*. Le Premier Ministre aurait alors pris l'attitude lors des débats à la Chambre des communes que ladite Province pouvait amender l'article 23 de sa loi constitutive⁽⁴⁵⁾.

Disons, enfin, qu'en vertu de notre constitution, toute loi provinciale est sujette au désaveu fédéral. D'après une décision de la Cour Suprême en 1938, ce droit existe toujours. Il n'a pas été exercé, toutefois, depuis près de trente ans⁽⁴⁶⁾.

L'abolition du français au Manitoba

Il n'est pas inutile de dire quelques mots ici sur cet épisode. Aux termes de l'article 23 de la *loi constitutive du Manitoba*, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise était facultatif dans les débats; obligatoire dans la rédaction des procès-verbaux de la Législature; facultatif dans toute plaidoirie devant les tribunaux manitobains ou fédéraux; enfin, les lois devaient être imprimées et publiées dans les deux langues.

(42) En vertu de l'article 91 (27) de l'*Acte de 1867*, seule l'autorité centrale a compétence en droit pénal.

(43) Eugène Forsey, *The Ottawa Citizen*, June 17, 1970, «*B.N.A. Act not clear on how to change oath*». Letter to the Editor.

(44) M^{re} Claude-Armand Sheppard s'interroge sans opter pour une théorie ou l'autre: «*What is not so certain is whether section 133 is safe from amendment by the Quebec Legislature*», p. 69.

«*The only province whose right to legislate on language is somewhat restricted by section 133 is Quebec, but even here the constitutional position is far from clear*», p. 102.

«*Yet, although it might appear that section 133 is beyond the reach of the province, a textual analysis of the B.N.A. Act and reference to historical precedent give at least a minimum of plausibility to the opposite view*», p. 103.

«*...it could be argued with some cogency that in contradiction to the limitation imposed on the federal amending powers by section 91 (1), or on provincial jurisdiction by sections 80 and 93, section 133 is not so protected*», p. 104.

«*Even more persuasive is the Manitoba precedents*», p. 104 et à la page 105:

«*Nor do we think that any of the arguments we have just outlined are necessarily conclusive or intellectually satisfactory. Nevertheless, they cannot lightly be dismissed as they underscore the weakness of the Constitution in this area.*»

(45) Bonenfant, article cité, p. 135.

(46) 1938, R.C.S. 71.

En 1890, la législature manitobaine édictait une mesure prévoyant que la langue anglaise serait la seule langue employée pour les registres et journaux de la Chambre, dans les plaidoiries dans les cours manitobaines, et enfin, qu'il n'y avait plus d'obligation d'imprimer et de publier les lois manitobaines en français⁽⁴⁷⁾. Par un second article, le législateur avait ajouté toutefois:

«This Act shall only apply so far as this Legislature has jurisdiction so to enact, and shall come into force on the day it is assented to.»

Les tribunaux n'ont jamais eu à se prononcer sur la validité de cette disposition législative. Il est curieux de constater que sur le plan confessionnel, des arrêts célèbres furent rendus par le Comité judiciaire du Conseil Privé au sujet de la législation manitobaine mais aucun n'a été rendu sur le plan linguistique. Invitée à désavouer la loi manitobaine de 1890, l'autorité centrale a refusé d'agir⁽⁴⁸⁾.

Pour le professeur F. R. Scott, l'article 23 de la Loi du Manitoba met le français sur le même plan au Manitoba que le fait l'article 133 de l'Acte de 1867, pour l'anglais au Québec⁽⁴⁹⁾.

Ce parallèle m'apparaît assez juste sur le plan constitutionnel.

Évidemment, la technique employée diffère. L'article 133 de l'Acte de 1867 fait partie d'une mesure impériale alors que l'article 23 de la Loi du Manitoba est une loi fédérale. On sait que des doutes s'étant élevés, le *B.N.A. Act* de 1871 passé par le Parlement de Westminster édicte à l'article 5 que la loi créant le Manitoba est déclarée «*valid and effectual for all purposes whatsoever*»⁽⁵⁰⁾. Je suis porté à conclure que, même si l'article 23 n'est pas une disposition impériale, la ga-

(47) 10 Statutes of Manitoba, 1890, c. 14, article 1:

«1. (1) Any statute or law to the contrary notwithstanding, the English language only shall be used in the records and journals of the Legislative Assembly of Manitoba, and in any pleadings or process in or issuing from any court in the Province of Manitoba.

(2) The Acts of the Legislature of Manitoba need be printed and published only in the English language.

«2. This Act applies only so far as the Legislature has jurisdiction to enact.»

(48) *Vide* les arrêts Barrett, 1892, A.C. 445; et Brophy, 1895, A.C. 202, pour la question religieuse. *Vide* le Rapport de la Commission Laurendeau-Dunton, Volume 1, page 147, n° 147, pour le refus du désaveu.

(49) F.R. Scott, *op. cit.*, p. 32.

(50) De Mestral, *op. cit.*, p. 510 «*It can therefore be strongly argued that section 23 of the Manitoba Act was elevated to a position equivalent to section 133.*»

M. le professeur Marx, article cité, écrit à la page 274 «*It then necessarily follows that s. 23 of the Manitoba Act dealing with language rights is analogous and should be construed in the light of s. 133.*»

rantie offerte par cet article est, sur le plan juridique, de la même nature que celle offerte au Québec par l'article 133.

Comme le fait remarquer M^e Claude-Armand Sheppard:

«Since the 1871 B.N.A. Act prevented Parliament from amending the Manitoba Act, it might be said to have raised it to the same level of fundamental law as the 1867 B.N.A. Act. There is, thus, very little, if any, difference in the statutory position of section 23 of the Manitoba Act and section 133 of the B.N.A. Act.»⁽⁵¹⁾

La langue d'enseignement

Le cas des écoles n'est pas prévu à l'article 133 comme on le sait. Il ressort de cette constatation que le bilinguisme ou l'unilinguisme peut être déclaré dans les écoles du Québec par le législateur québécois.

Cependant, un juriste a mis en lumière une certaine difficulté. Il s'agit du professeur Patrice Garant de Laval⁽⁵²⁾.

L'auteur fait remarquer que la *loi pour promouvoir la langue française au Québec*⁽⁵³⁾ prévoit que le français est la langue d'enseignement au Québec, mais permet aux parents qui en font une demande expresse d'exiger un enseignement en anglais pour leurs enfants. D'après cet auteur, en donnant ainsi aux parents le droit de choisir la langue d'enseignement pour leurs enfants, cette disposition devient protégée par le paragraphe 3 de l'article 93. Cette protection ne permet pas aux tribunaux d'annuler une loi qui enlèverait ce droit par la suite, mais ouvre alors la porte à un appel au Gouverneur général en Conseil pour remédier à la situation⁽⁵⁴⁾.

L'arrêt MacKell de 1917 est à l'effet que la langue n'est pas protégée par l'article 93. Cependant, cette conclusion ne s'appliquerait qu'au premier paragraphe de l'article 93 et non au troisième.

(51) C. A. Sheppard, op. cit., p. 104.

(52) Patrice Garant, «Les droits fondamentaux en matière d'enseignement: la question linguistique», Revue du Barreau, 1970, p. 320, à la page 327.

(53) S.Q., 1969, c. 9.

(54) M^e Guy Houle, à la page 160 de son ouvrage *«Le cadre juridique de l'administration scolaire locale au Québec»*, écrit que les paragraphes 3 et 4 de l'article 93 ne s'appliqueraient pas à Montréal et à Québec, et que, en province, seuls les dissidents pourraient s'en prévaloir.

À propos de la garantie que l'article 93 (3) accorderait à la langue, M^e de Mestral s'interroge. De Mestral, op. cit., p. 506, note 13.

L'on sait d'autre part que les paragraphes 3 et 4 de l'article 93 n'ont jamais donné les résultats escomptés. Vide Pierre Elliott Trudeau, *«Le fédéralisme et la société canadienne-française»*, p. 210.

Le débat est certes intéressant. Pour ma part, j'ai quelques doutes sur le bien-fondé de cette théorie. À la lumière de la jurisprudence, je persiste à croire que la protection offerte par l'article 93 ne se rapporte qu'à la religion. Par contre, si les tribunaux sanctionnaient la thèse Garant, le débat pourrait, si l'unilinguisme est proclamé, se transporter sur la scène fédérale, et devenir ainsi extrêmement politisé, comme ce fut le cas lors de la fameuse question des écoles du Manitoba en 1896⁽⁵⁵⁾.

Conclusion

Il ressort de ce qui précède que dans le cadre constitutionnel actuel, le français et l'anglais jouissent au Canada d'une protection en certains milieux, en vertu de l'*Acte de 1867*, de quelques lois de nature constitutionnelle, et par l'effet de mesures législatives; que le Québec peut adopter une loi sur les langues officielles; que le Québec pourrait, s'il le désire, décréter l'unilinguisme dans les secteurs qui tombent sous sa compétence législative aux termes de l'*Acte de 1867*, sous réserve, toutefois, de l'article 133 pour les tenants de la première théorie, et, sans aucune réserve (sauf pour les procès au pénal) pour les protagonistes de la seconde école; enfin, que le Québec, en vertu de la théorie «*qui peut le plus peut le moins*», peut, sous les mêmes réserves, reconnaître à sa minorité anglophone les droits qu'il croit devoir lui reconnaître, et, sous lesdites réserves, peut reconnaître tantôt l'exclusivité, tantôt la prépondérance de la langue française. Le cadre constitutionnel laisse donc place à beaucoup de jeu.

Somme toute, une fois de plus, nous remarquons que le problème est beaucoup plus politique que juridique⁽⁵⁶⁾. Nous nous sommes volontairement restreint dans la présente étude au seul plan juridique.

(55) Sauf erreur, la portée de l'article 93 (3) n'a pas été étudiée par MM. Chevette, Marx et Tremblay dans leur étude sur «*les problèmes constitutionnels posés par la restructuration scolaire de l'Île de Montréal*». Peut-être ont-ils considéré ce remède trop désuet ou encore trop peu efficace?

(56) Dans un éditorial du *Devoir*, en date du 20 janvier 1972, M. Claude Ryan faisait remarquer qu'il y a deux extrêmes à éviter, soit l'unilinguisme partout au Québec, soit le bilinguisme intégral.

Entre ces deux extrêmes, plusieurs solutions sont possibles; sans effacer les droits reconnus aux anglophones par la Constitution, Québec peut préconiser l'unilinguisme du français dans certaines régions, la primauté du français dans certains secteurs.

À l'intérieur de notre cadre constitutionnel, on peut avec une certaine dextérité législative répondre aux besoins qui se posent actuellement sur le plan linguistique au Québec.

**(ii) La compétence constitutionnelle et juridique
pour instituer une langue ou des langues offi-
cielles au Québec**

Opinion de

**Louis M. Bloomfield, c.r.
(Montréal)**

**(ii) Constitutional-Legal Competence as to Estab-
lishment of Official Language or Languages in
Québec**

Opinion of

**Louis M. Bloomfield, q.c.
(Montréal)**

Mai 1972 May

Introduction

Le but du présent mémoire est double. Dans une première partie, nous voulons définir, à la lumière du droit comparé et notamment de données provenant des constitutions de nombreux États, la notion de «*langue officielle*» et son contenu, pour en faire ensuite le fil conducteur d'une analyse du régime linguistique créé par le système constitutionnel canadien.

Dans une seconde partie, nous étudierons l'importante question du partage des compétences législatives en matière de droits linguistiques d'après le fédéralisme canadien. Les modalités de ce partage étant connues, nous serons à même de répondre aux questions qui nous ont été posées par la Commission sous forme d'hypothèses, au sujet de la compétence du Québec en matière linguistique.

Première partie

Définitions

Liée de près à l'éveil des nationalités en Europe, la langue ne devint un objet de Droit qu'au 19^e siècle⁽¹⁾. Il semble que la reconnaissance d'un droit à la langue fut conçue d'abord comme rattachée aux libertés fondamentales de l'individu et aux garanties linguistiques accordées aux minorités, garanties rendues nécessaires par les nombreux bouleversements politiques qui suivirent la fin de la première guerre mondiale⁽²⁾.

Peu à peu, toutefois, les Constitutions étatiques reconnurent la dimension collective du droit à la langue⁽³⁾. Celle-ci devint l'objet d'une protection au sein de l'État, doté d'une langue véhiculaire. C'est alors, seulement, que l'on voit apparaître la notion de langue officielle. Cette notion juridique se rattache désormais à la présence d'un groupe majoritaire au sein de l'État.

Cette nouvelle façon de concevoir les «*droits linguistiques*» allait ensuite se préciser et déboucher sur l'élaboration de concepts juridiques plus spécifiques.

«*Langue officielle*», «*langue supplétive*», «*langue à protection limitée*», «*langue nationale*» et «*protection linguistique des minorités nationales*»,

(1) Ostrower, «*Language, Law and Diplomacy*», Philadelphia, University of Philadelphia Press, 1965; Dauzat, *L'Europe linguistique*, Paris, Payot, 1953.

(2) Macartney, *National States and natural minorities*, Oxford University Press, 1934.

(3) Ostrower, *op. cit.*

voilà autant de notions dont il nous faut connaître le contenu pour pouvoir étudier le système constitutionnel canadien en matière linguistique.

A. — Le statut juridique de la langue dans l'État

Un nombre considérable de pays ont incorporé dans leur constitution des textes précis en matière linguistique. On peut regrouper ces dispositions autour de quatre catégories principales, selon la mesure de protection accordée à la langue.

1 — La notion de langue officielle

L'apparition de la notion de «langue officielle» est relativement récente dans l'histoire du droit des États. L'on constate, en effet, que bon nombre des constitutions nationales encore en vigueur, et dont les premiers textes datent de la fin du 19^e siècle ou du début du 20^e, ne contiennent aucune disposition générale quant aux droits linguistiques, qu'il s'agisse de l'usage par l'État d'une ou plusieurs langues, ou de garanties linguistiques accordées aux minorités nationales⁽⁴⁾. Par contre, un nombre important de constitutions étatiques reconnaissent, surtout depuis la fin de la deuxième guerre mondiale, une⁽⁵⁾ ou plusieurs⁽⁶⁾ langues à titre de langues officielles de l'État⁽⁷⁾.

(4) *Constitution de l'Australie* du 9 juillet 1900; *Constitution de la Hollande* du 24 août 1815, amendée en 1963; *Constitution de l'Iran* du 30 décembre 1906; *Constitution de la Norvège* du 17 mai 1814, amendée le 4 mai 1964; *Constitution de la Nouvelle-Zélande* dont les premiers documents datent de 1852. Les seules dispositions linguistiques de portée générale contenues dans la *Constitution de la Nouvelle-Zélande* se retrouvent dans la récente *Constitution des Îles Cook* du 17 novembre 1964 et concernent les débats de l'Assemblée législative (art. 35).

(5) C'est le cas des pays suivants: Algérie, Autriche, Birmanie, République Centre-Africaine, Tchad, Côte d'Ivoire, Cuba, Dahomey, El Salvador, Équateur, Éthiopie, Gabon, Grèce, Guatemala, Haute Volta, Haïti, Honduras, Inde, Indonésie, Jordanie, Koweït, Laos, Liban, Libye, Liechtenstein, Malaisie, Maroc, République du Mali, Mauritanie, Principauté de Monaco, Nicaragua, Niger, Paraguay, République Arabe Unie, Sénégal, Syrie, Togo, Tunisie, Ouganda, Venezuela et Yémen.

(6) Notamment: *Afghanistan*: le pachto et le dari; *Afrique du Sud*: l'anglais et l'afrikaans; *Burundi*: le kirundi et le français; *Cameroun*: l'anglais et le français; *Chypre*: le grec et le turc; *Irlande*: l'irlandais et l'anglais; *Malte*: le maltais et l'anglais; *Madagascar*: le malgache et le français; *Pakistan*: le bengali et l'urdu; *Philippines*: l'anglais et l'espagnol, une loi du 7 janvier 1940, en vigueur le 4 juillet 1946, a fait du tagalog la nouvelle «langue nationale officielle» des Philippines. Peaslee, *Constitutions of Nations*, 3^e édition, Vol. 3, T. 2, 1970, p. 1068. *Ruanda*: le kinyarwanda et le français; *Suisse*: l'allemand, le français et l'italien.

(7) Certains pays, notamment les pays africains, ont tendance à compenser le caractère régional d'une langue officielle par la promulgation d'une seconde langue officielle dont l'aire d'influence est internationale. C'est le cas, entre autres, du Burundi, du Ruanda, du Cameroun et de Madagascar qui ont adopté comme seconde langue officielle la langue de l'ancienne métropole.

La langue fait l'objet, dans l'ensemble de ces pays, de mentions expresses dans la Constitution, ne laissant aucun doute sur son caractère officiel, même si certains États, beaucoup moins nombreux, ont réglé la question des langues officielles au moyen d'une législation subordonnée, après avoir reconnu, par exemple, dans leur Constitution comme «*facultatif*» l'usage des langues sur leur territoire⁽⁸⁾.

Certains États adoptent en outre une «*langue supplétive*» pour une durée temporaire⁽⁹⁾ ou sur une base permanente⁽¹⁰⁾. La langue supplétive n'est pas dotée du même statut que la langue officielle, mais elle peut la compléter dans certains secteurs de la vie publique définis de façon stricte par la Constitution⁽¹¹⁾. Ces dispositions sont dues au fait que la langue de l'ancienne métropole n'est pas disparue de la vie politique de l'État ou que la nouvelle langue officielle possède encore un caractère régional au sein même du pays. Il faut alors assurer l'emploi d'une langue supplétive pour que toute la population puisse participer à la conduite des affaires de l'État.

Pour connaître le contenu et l'étendue de la notion de «*langue officielle*», il nous faut étudier ce concept dans les nombreux pays qui ont eu à en préciser la portée dans les différentes sphères de l'activité étatique. Nous nous attacherons, dans la plupart des cas, à des exemples précis, en raison du cadre restreint de la présente étude, mais il ne faudra point perdre de vue la portée générale des constatations qui vont suivre.

Langue de l'administration, de la justice, de l'éducation, du Parlement et de ses lois, la langue officielle est la langue de l'État. Elle pénètre partout où il intervient et règle les relations entre le citoyen et son gouvernement. L'adoption par un pays de plusieurs langues officielles implique, à son tour, la mise au point d'un nombre considérable de mesures particulières visant à assurer un équilibre dans l'utilisation de ces langues au niveau de tous les secteurs de l'activité publique. Le système politique du pays peut lui aussi venir compliquer considérablement la situation linguistique. C'est ainsi que les États fédéraux,

(8) *Constitution belge* du 7 février 1831, article 23: «*L'emploi des langues usitées en Belgique est facultatif; il ne peut être réglé que par la loi et seulement pour les actes de l'autorité publique et pour les affaires judiciaires.*».

(9) Article 76 de la *Constitution de l'Algérie*; articles 344, 120 et 210 de la *Constitution de l'Inde* (période fixée à 15 ans pour ce qui est des débats au Parlement ou aux assemblées législatives); article 152, alinéa 2 de la *Constitution de la Malaisie* (période fixée à 10 ans pour ce qui est de l'usage de l'anglais dans les débats du Parlement).

(10) Article 216 de la *Constitution de la Birmanie*; article 11 de la *Constitution du Liban*; article 215 de la *Constitution du Pakistan*.

(11) Cette disposition concerne seulement le Parlement en Inde et en Malaisie mais semble avoir une portée générale en Algérie, en Birmanie, au Liban ou au Pakistan.

tels la Suisse, ont élaboré leur politique en matière de langues à deux paliers différents et aménagé des règles linguistiques intimement liées au partage des compétences⁽¹²⁾.

Une brève étude des différents secteurs de la vie publique des États où le statut de langue officielle a été fixé par la Constitution nous aidera à mettre en relief quelques-unes des nombreuses dimensions du droit dans ce domaine.

a) Les institutions politiques

La langue officielle est implantée en premier lieu dans les institutions politiques du pays, tels le Parlement et l'Exécutif⁽¹³⁾. Le statut de langue officielle assure la présence et bien souvent l'égalité des langues au niveau des structures politiques les plus importantes. Sans restreindre la généralité de ce qui précède, l'État prend dans certains cas des mesures précises pour que les débats au Parlement soient assurés dans la ou les langues officielles⁽¹⁴⁾, pour que le texte des projets de loi respecte le même principe et pour que le texte des lois soit publié dans toutes les langues officielles, bien que l'une ou l'autre version souffre parfois d'un retard. Il est même prévu dans certains cas que les divergences entre les versions officielles d'un texte de loi sont soumises à un organisme judiciaire ou administratif créé par la Constitution⁽¹⁵⁾.

(12) Le droit des langues tombe en Suisse sous la double compétence de l'État fédéral et du pouvoir cantonal. Cantons et demi-cantons sont compétents dans toutes les matières non remises entre les mains du pouvoir fédéral de façon expresse par la *Constitution* du 29 mai 1874. Les cantons sont donc libres de déterminer le régime linguistique des affaires relevant de leur compétence; (article 3, *Constitution de la Suisse*). Voir à ce sujet: K. McRae, *Switzerland, Example of Cultural Coexistence*, Contemporary Affairs No. 33. The Canadian Institute of International Affairs, Toronto, 1964. J. Donneur, *Le fédéralisme suisse*, dans *Fédéralisme et Nations*, Presses de l'Université du Québec, Montréal, 1971, p. 131.

(13) L'application de ce principe se retrouve dans l'ensemble des pays ayant adopté une ou plusieurs langues officielles. Certains textes prennent soin néanmoins d'en réaffirmer le contenu. Voir à ce sujet: *Constitution de Chypre*, du 6 avril 1960, article 3, alinéas 2, 5 et 6. *Constitution de l'Inde*, du 26 novembre 1949, article 120 (langues du Parlement), article 210 (langue de la législature de l'État). *Constitution de l'Afrique du Sud*, du 25 avril 1961, articles 108, alinéas 2, et 109.

(14) L'exemple suisse offre à ce sujet une dérogation significative. Ce pays reconnaît l'italien au nombre des trois langues officielles de l'État (article 116 de la Constitution). Cependant, 4 p. 100 seulement des citoyens étaient de langue maternelle italienne en 1960 (*Annale statistique de la Suisse*, Berne, 1962, p. 25), situation qui rendait très difficile une présence véritable de l'italien au Parlement fédéral ou même au Conseil fédéral. C'est ce qui explique le fait que seules les langues allemande et française sont utilisées dans les débats parlementaires. Certains auteurs ont souligné le fait que cette situation menait à une violation du principe de l'égalité des trois langues officielles. H. Pedrozzi, *La lingua italiana nel diritto federale svizzero*, Locarno, 1952, p. 130. H. Pedrozzi, 4 *Revue Res Rubrica*, p. 240.

(15) Il en est ainsi dans la *Constitution de Chypre* du 6 avril 1960 (article 3, alinéa 6).

b) Communications entre l'État et le citoyen

La langue officielle est la langue des communications verbales ou écrites entre les services gouvernementaux et la population. La reconnaissance officielle d'une ou de plusieurs langues entraîne pour le pouvoir étatique l'obligation stricte de communiquer avec les citoyens dans leur langue (à condition qu'il s'agisse de l'une ou l'autre des langues officielles)⁽¹⁶⁾. Les individus qui veulent entrer en communication avec l'administration doivent le faire dans la ou les langues officielles de l'État et les citoyens qui ne parlent ni n'écrivent la langue de cette entité politique doivent, la plupart du temps, faire traduire à leurs frais les requêtes et documents qu'ils veulent voir soumettre à l'administration et il leur est répondu dans l'une ou l'autre des langues officielles de l'État. Ce principe donne lieu, parfois, à des accommodements pour ce qui est de la langue employée par le citoyen devant les services administratifs du pays. Il est rare, toutefois, que ces services répondent dans une langue autre que la langue officielle.

Cette politique linguistique dans le domaine des communications s'étend le plus souvent à l'ensemble des publications gouvernementales, à tout le moins aux plus importantes quand le groupe linguistique, dont la langue est officielle, est restreint⁽¹⁷⁾.

L'existence de régions linguistiques entraîne parfois la prédominance d'une langue au niveau national, laquelle n'est pas toujours reconnue dans l'une ou l'autre des parties de l'État. C'est ainsi que le citoyen peut être tenu de communiquer avec les autorités régionales ou cantonales dans une langue tout en ayant la liberté d'en employer une autre avec le pouvoir central, ce dernier reconnaissant la plupart du temps une ou deux langues de plus que le pallier inférieur⁽¹⁸⁾.

(16) Certains textes constitutionnels reconnaissent cette allégation de façon *expresse*. C'est le cas, entre autres, des *Constitutions de Chypre* et de *Malte*. Chypre (article 3, alinéa 8):

«Every person shall have the right to address himself to the authorities of the Republic in either of the official languages».

Malte (article 5, alinéa 2):

«Provided that any person may address the Administration in any of the official languages and the reply of the administration thereto shall be in such language».

Également, article 116, alinéas 2 et 4 de la Constitution helvétique.

(17) *Constitution de l'Afrique du Sud*, article 108, alinéa 2, articles 109 et 110; *Constitution de Chypre*, article 3, alinéas 3 et 5.

(18) Il faut noter toutefois que l'idée voulant que c'est le principe de la territorialité de la langue qui régit la relation entre l'État régional et le citoyen tandis que c'est le principe de la personnalité de la langue qui régit la relation entre l'État central et l'individu ne trouve pas son application dans tous les pays où l'on a procédé à l'établissement de régimes linguistiques. C'est ainsi que les services centralisés belges doivent employer la langue du territoire où réside le correspondant, même si la Belgique reconnaît un

c) L'appareil administratif de l'État

Le statut de langue officielle signifie que la langue ainsi désignée est employée dans les services internes de l'administration de l'État et que les représentants du groupe linguistique ainsi reconnu y seront employés dans une proportion sensiblement égale à l'importance numérique de ce groupe. Malgré toutes les difficultés administratives pouvant résulter de l'utilisation de deux langues au sein des mêmes services, notamment en ce qui a trait à l'équilibre dans le nombre des nominations, certains pays occidentaux, comme la Belgique⁽¹⁹⁾ et la Suisse⁽²⁰⁾, n'ont pas hésité à pousser fort loin l'application de ce principe depuis une vingtaine d'années. Il semble que les autres pays dotés d'un multilinguisme officiel tentent de s'approcher de ces modèles, dans la mesure où le nombre des fonctionnaires et les traditions administratives le leur permettent⁽²¹⁾.

d) L'appareil judiciaire

Le pouvoir judiciaire semble être celui qui a été l'objet du plus grand nombre de mesures particulières visant à l'application des principes de prépondérance et d'égalité des langues officielles décrétées par les différentes constitutions⁽²²⁾. Dans les cas où la prépondérance d'une langue officielle risque d'entrer en conflit avec la nécessité d'assurer la défense pleine et entière de l'accusé, un service d'interprète est mis

régime de bilinguisme officiel au niveau de son administration et même si le récepteur ne comprend pas la langue du territoire sur lequel il vit. (*Loi sur l'emploi des langues en matière administrative* du 2 août 1963.) Au sujet du problème linguistique belge, voir: Coppieters, F., *Le problème linguistique en Belgique*, Institut belge d'information et de documentation, Bruxelles, 1970. M. P. Herremans, *Le problème linguistique en Belgique*, Institut belge d'information et de documentation, Bruxelles, 1967.

- (19) Belgique, *Loi sur l'emploi des langues en matière administrative*, 2 août 1963, article 33. La précédente loi en la matière datant du 28 juin 1932 n'avait pas donné satisfaction aux revendications flamandes, à cause de la trop grande discrétion laissée aux autorités dans le choix du nombre des fonctionnaires appartenant à un rôle linguistique. Cette discrétion fut abolie en 1963.
- (20) Dans une prise de position datée de 1950, l'Exécutif suisse déclara qu'il fallait assurer la présence des francophones et des italophones dans tous les départements de l'administration fédérale en proportion de leur présence nationale. *Instruction du Conseil fédéral aux divisions concernant la représentation des minorités linguistiques dans l'administration centrale*, septembre 1950. Voir, à ce sujet, Y. McRae, *op. cit.*, p. 27; J. Meynaud, *Rapport sur le problème des langues dans l'administration fédérale helvétique*, Université de Lausanne, 1965, pp. 47 et suivantes.
- (21) Voir à ce sujet J. J. N. Cloete, *Bilingualism in the public Sector in South Africa*, University of Pretoria (Pretoria); Hahlo and Koln, *The Union of South Africa, The Development of its laws and constitution*, London, Sweet and Maxwell, 1960.
- (22) Les seules Constitutions qui vont à l'encontre de ce principe sont celles de l'Inde (articles 348 et 349) et de la Malaisie (article 152) qui font toutes deux de l'anglais une langue prédominante.

à la disposition des parties. En matière civile, la décision des tribunaux doit être rendue dans la langue des parties, si elles parlent l'une ou l'autre des langues officielles⁽²³⁾. Notons enfin que certains États étudiés veillent même à ce que l'on respecte un équilibre linguistique dans la nomination des juges⁽²⁴⁾.

e) L'enseignement

De façon générale, la langue officielle de l'État est la première langue de l'enseignement public. C'est le cas notamment en Suisse, en Belgique et en Afrique du Sud.

Bien qu'un statut spécial soit accordé, dans bien des cas, aux langues du pays déclarées «*langues nationales*»⁽²⁵⁾, les minorités linguistiques se trouvent généralement dans une situation où elles doivent faire un choix entre le système public, ce qui signifie une assimilation à la langue officielle à plus ou moins brève échéance, et un enseignement privé dont elles auront à défrayer le coût seules, ou presque.

Les constatations qui précèdent nous conduisent à la conclusion suivante:

Est officielle la langue qui fait l'objet de garanties fondamentales assurant son utilisation, sa permanence et sa promotion au niveau de l'ensemble des activités de l'État, compte tenu toutefois du respect des droits linguistiques qui peuvent être accordés à une langue autre que la langue officielle, dans certains secteurs strictement définis.

Notons finalement que le statut de langue officielle a pour effet de mettre la langue ainsi reconnue à l'abri du pouvoir discrétionnaire ordinaire du gouvernement; le citoyen peut en réclamer l'utilisation dans ses rapports avec l'État.

(23) Voir à ce sujet la *Constitution Chypriote* du 6 avril 1960 (article 3, alinéa 4). Le système belge établit une dérogation à cet égard. La procédure en matière civile ou commerciale s'y déroule en français ou en néerlandais selon que le siège de juridiction du tribunal est établi dans la partie wallonne ou flamande du pays. (Loi du 15 juin 1935, art. 1 et 2 en matière d'organisation de la Justice).

(24) L'article 107 de la *Constitution fédérale suisse*, ainsi que les articles 1 et 2 de la «*Loi fédérale d'organisation judiciaire*» du 16 décembre 1943 exigent que les 26 à 28 juges ainsi que les 11 à 13 suppléants du Tribunal fédéral installés à Lausanne soient nommés par l'assemblée fédérale «*qui aura égard à ce que les trois langues officielles de la Confédération soient représentées*». Voir à ce sujet B. Dutoit, *Droit et plurilinguisme en Suisse*, Travaux du sixième colloque de droit comparé, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1969, p. 54.

(25) Voir *infra*.

2 – La notion de «langue à protection limitée»

Dans un second type de statut linguistique, la Constitution ne fixe pas la langue officielle de l'État ou même une langue nationale, mais se limite à énoncer l'obligation pour l'État d'utiliser ou de favoriser l'emploi d'une ou plusieurs langues dans certains secteurs bien définis ou définis limitativement par la Constitution. Il s'agit de ce que nous pourrions appeler une «reconnaissance limitée» de la langue ou de la création d'enclaves linguistiques protégées dans la vie publique de l'État.

À titre d'exemple, citons la constitution des Îles Samoa Occidentales:

- (1) *All debates and discussions in the Legislature Assembly shall be conducted in the Samoan language and the English language.*
- (2) *The minutes and debates of the Legislative Assembly, every Bill introduced therein, every paper presented thereto and all the minutes of proceedings, minutes of enduce and reports of committee of the assembly shall be in the Samoan language and the English language*⁽²⁶⁾.

La vaste majorité des dispositions connues limitent la «reconnaissance limitée» de la langue aux seuls domaines judiciaire ou parlementaire, dans le but de faciliter une défense pleine et entière ou de faire du Parlement un véritable forum national⁽²⁷⁾.

Il ne découle pas de ce type de reconnaissance linguistique que l'État doive promouvoir ou même utiliser la langue protégée dans les autres sphères de son activité. Dans la vaste majorité des secteurs de la vie publique, comme l'administration, l'éducation, les communications et les institutions politiques non visées par la protection limitée, l'État conserve même le pouvoir d'adopter une langue officielle et de la modifier, selon les circonstances. La langue à protection limitée n'est donc point une langue officielle, les caractéristiques propres à ce statut lui faisant défaut.

3 – La notion de langue nationale

Plusieurs textes constitutionnels reconnaissent une langue à titre de

(26) *Constitution du 28 octobre 1960*, article 54.

(27) Les pays suivants ont procédé à une reconnaissance sectorielle de la langue du Parlement: Congo (Léopoldville), Kenya, Malawi, Nigeria, Nouvelle Zélande (Îles Cook), Samoa Occidentales, Sierra Leone, Singapour, Soudan. Ont procédé à une reconnaissance sectorielle de la langue dans le domaine de la justice: l'Albanie, l'Ukraine et l'U.R.S.S., et dans le domaine de la publication des lois: Biélorussie et Yougoslavie.

«langue nationale» du pays⁽²⁸⁾. Il peut s'agir d'une langue déjà dotée du statut de «langue officielle» de l'État, mais nombreux sont les cas où cette double reconnaissance n'existe pas⁽²⁹⁾. Il semble que ce type de déclaration ait pour but avant tout d'assurer le groupe auquel appartient la langue dite «nationale» qu'il n'est pas considéré comme une minorité linguistique⁽³⁰⁾, mais bien comme un groupe dont la langue fait partie du patrimoine culturel de la nation.

L'exemple de la Suisse, servira à nous éclairer là-dessus: dans sa forme actuelle, qui date de 1938, l'article 116 de la Constitution helvétique procède à une double reconnaissance des langues du pays. Les privilèges reconnus aux trois langues officielles ne sont pas accordés au rhéto-romand, pourtant déclaré langue nationale. Cette modification constitutionnelle eut lieu à la demande du canton des Grisons, où vit un important groupe de langue romanche, qui voulait faire échec aux revendications territoriales de l'Italie. L'amendement était destiné à assurer la fierté des rhéto-romands et à leur garantir certains privilèges culturels plutôt qu'à modifier le système linguistique suisse⁽³¹⁾.

4 – Garanties linguistiques aux minorités nationales

Le quatrième statut linguistique reconnu par les États est celui qui garantit la protection linguistique des minorités nationales. Il ne s'agit ici que d'assurer la possibilité de parler une langue dans les relations sociales entre les individus de même groupe et de voir à la conservation de sa culture⁽³²⁾.

On aura tôt fait de remarquer qu'il s'agit là d'un droit fondamental déjà proclamé par des textes internationaux fort importants dont la

(28) Il en est ainsi des *Constitutions de l'Irlande, du Liechtenstein, de Malte, de la Mauritanie, du Népal, du Paraguay, du Ruanda, de la Suisse, de Haïti et de la Finlande*.

(29) Il s'agit des cas de Haïti, du Népal, de la Mauritanie et de la Suisse.

(30) Il semble que tel ait été le but spécifique de la reconnaissance du suédois comme «langue nationale» de la Finlande. T. Miljan, *Bilingualism in Finland*, Étude présentée à la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme au Canada, en 1966. Aussi V. Menkoski, *The realization of the equality of the national language in Finland dans Democracy in Finland*, Helsinki, 1960.

(31) Les mesures de promotion culturelles qui suivirent la déclaration de 1938 au profit du rhéto-romand s'étendirent à la traduction du code civil, du code pénal et du code des obligations aux frais de l'État central, à la mise sur pied d'émissions radiophoniques en langue romanche et au retour à l'ancienne toponymie de la région. Voir K. McRae, *op. cit.*, p. 9. Aussi R. Ruffieux, *Les incidences politiques du plurilinguisme*, (1962) *Revue Res Publica*, p. 262.

(32) Ce type de reconnaissance du statut de la langue se retrouve dans les Constitutions des pays suivants: République de Chine, Hongrie, Italie, Malaisie, Mongolie, Roumanie, Tchécoslovaquie et Turquie.

Déclaration universelle des droits de l'homme, du 10 décembre 1968 (articles 2 et 26), et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, adopté par la 21^e session des Nations-Unies (1966), article 27. Ce dernier article se lit comme suit:

«Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion ou d'employer leur propre langue.»

Il convient aussi de signaler, à cet effet, le projet de Protocole additionnel à la Convention Européenne sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁽³³⁾.

B. – Notion de langue officielle et autres statuts linguistiques dans le système constitutionnel canadien.

Nous avons constaté qu'il existe généralement quatre niveaux de reconnaissance linguistique, selon la mesure de garantie et d'universalité assurée par les constitutions et les lois générales des pays étudiés.

Il nous est maintenant possible, à la lumière de ces définitions, d'analyser la nature du régime linguistique créé par le système constitutionnel canadien.

1 – Existe-t-il une conception de «langue officielle» dans le système constitutionnel canadien?

Rares sont les commentateurs qui ont abordé ce sujet en prenant soin de définir au préalable ce qu'est, du point de vue juridique, le contenu de la notion de «langue officielle»⁽³⁴⁾. Nous croyons pour notre part, que c'est là que réside la source de la plupart des controverses et malentendus dans ce domaine.

Certaines définitions sont dignes de mention, notamment celle retenue par M. C.-A. Sheppard dans son étude sur les lois à portée linguis-

(33) Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, 3^e session, 1961.

(34) Messieurs Armand L. C. de Mestral et W. Fraiberg en ont retenu une dans leur étude intitulée *«Language guarantees and the Power to Amend the Canadian Constitution*, (1966-67) 12 McGill Law Journal, p. 502: *«An official language may be defined as one ordained by law to be used in the public institutions of a state; more particularly in its legislature and laws, its courts, its public administration and its public schools.»* Voir également: *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, Livre I (*Les langues officielles*), Ottawa 1967, p. 12.

tique au Canada⁽³⁵⁾. Après avoir souligné la rareté et la faiblesse des définitions, M. Sheppard écrit:

«... an official language is a language in which all or some of the public affairs of a particular jurisdiction are, or can be conducted, either by law or custom. We take public affairs to comprise the parliamentary and legislative process, administrative regulations, the rendering of justice, all quasi-judicial activities, and the overall day-to-day administration»⁽³⁶⁾.

Cette définition présente le désavantage marqué d'être trop large et d'englober sous le vocable «*officiel*» la majorité, sinon la totalité des statuts linguistiques définis plus haut et qui peuvent être reconnus à une langue. Il deviendrait possible ici de concevoir des situations où une langue serait plus «*officielle*» que d'autres, en raison du fait qu'un plus grand nombre d'affaires publiques sont menées dans cette langue ou qu'un plus grand nombre d'autorités publiques diverses ont consacré son utilisation, «*either by law or custom*».

Une telle définition, appliquée aux situations précédemment étudiées, ferait de la presque totalité des pays examinés des entités dotées d'un bilinguisme ou multilinguisme officiel, ce qui, nous l'avons vu, n'est pas le cas.

Si la définition de M. Sheppard est erronée, à partir de quel niveau de reconnaissance pratique ou législative peut-on dire qu'une langue a obtenu le statut de langue officielle?

Nous croyons nous fonder sur des bases juridiques solides en utilisant la définition élaborée plus haut à la lumière du droit comparé. Est officielle, avons-nous dit, la langue qui *fait l'objet de garanties fondamentales*, assurant son utilisation, sa permanence et sa promotion *au niveau de l'ensemble des activités de l'État*. Précisons également que nous n'entendons pas par là que tous les pays dotés d'une ou deux langues officielles sont des entités où la langue officielle se retrouve dans toutes les activités de l'État; nous signalons simplement (c'est là, peut-être, la clé du problème) que les représentants d'un groupe dont la langue est reconnue comme «*officielle*» peuvent contraindre juridiquement les autorités publiques à faire usage de leur langue

(35) C.-A. Sheppard, *The Law of Languages in Canada*, Studies of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, No. 10, Ottawa, 1971.

(36) Sheppard, *op. cit.*, p. 291.

LES DROITS LINGUISTIQUES

dans tous les secteurs de la vie publique où elles ne l'auraient , encore fait⁽³⁷⁾.

a) Texte de la Constitution canadienne

Il n'est fait mention nulle part, dans le droit constitutionnel écrit du Canada, du concept de «langue officielle». Nous avons déjà fait remarquer à cet égard que la quasi-totalité des pays qui se sont dotés d'un système de langue officielle l'ont fait de façon expresse dans leur Constitution, même dans le cas de textes remontant à 1874 (Suisse).

Le seul texte qui traite de la langue au Canada est l'article 133 de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique:

«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 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.»⁽³⁸⁾

Comme nous le préciserons au cours de notre étude sur le partage des compétences en matière de langue, de nombreux commentateurs ont souligné la portée très restreinte de ces dispositions. Rien n'y est prévu en effet, au sujet des secteurs vitaux que sont l'administration, la fonction publique, l'éducation⁽³⁹⁾ et les communications entre les citoyens et l'État. Il semble même que l'article 133 doive être interprété de façon stricte dans les domaines législatifs et judiciaires. Il n'est pas question, en effet, de la langue de la promulgation des lois dans l'article 133 (par opposition à la langue de la *publication*), ni même des très nombreuses législations subordonnées (règles, décrets

(37) Sujet, bien sûr, aux limitations territoriales (fixation de régimes linguistiques) ou aux restrictions spécifiques que peut stipuler la Constitution. Notons par exemple que la Yougoslavie reconnaît une situation où plusieurs langues sont sur un pied d'égalité au plan juridique, mais où la Constitution fait exception à ce principe dans le domaine militaire: «*As an exception, in the Yugoslav People's army, commands, military drill and administration shall be in the Serbo-Croatian language*». Constitution de la Yougoslavie du 17 avril 1963, article 42. Peaslee, *Constitutions of Nations*.

(38) 30-31 Victoria, chap. 3.

(39) L'article 93 de la Constitution, qui vise la protection de certaines minorités en matière d'éducation, protège la confessionnalité et non la langue.

et proclamations) que connaît l'État moderne⁽⁴⁰⁾. Les organismes quasi-judiciaires, comme les commissions ou les régies, sont exclues de l'application de l'article 133. Même, ce qu'il faut entendre par «tribunal du Canada» et «tribunal du Québec» ou par «plaidoirie ou pièce de procédure» crée des problèmes et semble devoir être interprété restrictivement⁽⁴¹⁾.

Ce texte ne saurait donc être invoqué pour soutenir que le Canada est doté d'un système de «langues officielles» couvrant «l'ensemble des activités de l'État» depuis 1867. C'est ce que reconnaît M. Sheppard:

«Thus, if we examine objectively the terms of section 133 standing alone, we must conclude that they give very little support to the theory that Canada is a bilingual country. It may be that the legislator thought that the meagre words of section 133 would be sufficient, but, had it not been for the much more generous legislative, judicial, and administrative practices which... have evolved in Canada, it would be obvious immediately that section 133 secures very little».⁽⁴²⁾

On ferait bien de signaler que ce qui est en cause ici, c'est non seulement l'étendue des garanties linguistiques accordées par l'article 133, mais aussi le fait que ni le français, ni l'anglais, ne bénéficient de quelque garantie que ce soit en dehors du cadre étroit de ces dispositions. Rien dans la Constitution ne peut assister le citoyen qui voudrait contraindre juridiquement les autorités provinciales à dispenser des services, par exemple aux différents comptoirs de la Régie des alcools, dans sa langue, que ce soit l'anglais ou le français. Certes, on invoquera l'existence d'un bilinguisme de fait qui se retrouve dans bon nombre des institutions provinciales, ou, dans certains cas, la force du nombre ou de la coutume, mais il n'y a là rien qui puisse imposer une limite juridique aux pouvoirs discrétionnaires des autorités provinciales, dans l'état actuel du droit.

L'étude attentive des textes constitutionnels canadiens nous oblige à conclure que la pauvreté et, dans une certaine mesure, l'ambiguïté des dispositifs linguistiques qu'ils contiennent, ne couvrent pas autre chose que des garanties fort limitées, simple consolidation des droits reconnus au cours de la période pré-confédérative⁽⁴³⁾. Au strict point de vue juridique, aucune des caractéristiques qui font qu'une langue

(40) *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, op. cit.* p. 53.

(41) Sheppard, *op. cit.*, p. 100.

(42) Sheppard, *op. cit.*, p. 100.

(43) Voir Marx, *Language Rights in the Canadian Constitution*, (1967) 2 *R.J.T.* 239.

puisse être qualifiée d'«officielle» ne se retrouve dans la situation canadienne, soit: l'universalité de la langue, dans le sens défini plus haut, et le caractère fondamental des garanties dont elle doit faire l'objet. Il est intéressant de noter à cet égard que les Constituants de l'Afrique du Sud jugèrent le texte de l'article 133 de l'A.A.N.B. trop limité et incomplet pour servir de modèle à l'établissement du bilinguisme officiel dans ce pays⁽⁴⁴⁾. En effet, l'article 108 de la Constitution de l'Afrique du Sud, du 25 avril 1961, se lit comme suit:

«English and Afrikaans shall be the official languages of the Republic, and shall be treated on a footing of equality, and possess and enjoy equal freedom, rights and privileges».

Donc, il est évident que l'article 133 de l'A.A.N.B. ne soutient pas la comparaison.

b) Autres sources constitutionnelles; la langue «en possession d'État»

Le droit constitutionnel canadien comprend plus que le seul texte de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*; il englobe également un nombre considérable de lois non écrites, de lois du Parlement britannique et du Parlement canadien, ainsi que des principes de *common law* énoncés par les tribunaux^(44 bis).

À partir de cette idée et de l'impression que la Constitution canadienne en contenait davantage sur la question linguistique que ne le laissait voir le seul texte de l'article 133, quelques auteurs⁽⁴⁵⁾ ont entrepris de démontrer, ou bien que l'*Acte de 1867* avait sanctionné par son silence la consécration du français comme langue «en possession d'État» au Québec, ou bien qu'il avait consacré dans les faits le caractère officiel de l'anglais et du français, reconnaissant de la sorte le bilinguisme officiel. Ces interprétations opposées, fondées sur des textes identiques, méritent qu'on s'y arrête.

S'appuyant sur les ouvrages classiques de l'historien T. Chapais, le Professeur F.-A. Angers établit que le français a toujours été, depuis l'époque de la Nouvelle-France, «en possession d'État» au Québec. Ni

(44) Hahlo, *op. cit.*, p. 125.

(44bis) G. A. Stuart, *Our Constitution outside the B.N.A. Act*, 1925, 3 *Canadian Bar Review* 69; R. MacGregor Dawson, *The Government of Canada*, 4th edition revised by Norman Ward, University of Toronto Press, Toronto, 1964, Chapter 4; H. McClockie, *Problems of the Canadian Constitution*, (1942) *Canadian Bar Review* 395-429 et 817-840, p. 821, tel que cité par Herbert Marx, *loc. cit.*, p. 241.

(45) F.-A. Angers, *Les droits du français au Québec*, Éditions du Jour, 1971; Marx, *loc. cit.* Voir également l'étude très fouillée de Sheppard, *op. cit.*, p. 9 à 69.

la conquête, ni l'Acte de Québec de 1774^(45 bis), ni l'Acte constitutionnel de 1791^(45 ter), ni l'Acte d'Union de 1840^(45 quater), ni l'A.A.N.B., n'ont modifié cette situation de fait, devenue situation juridique. Il en résulte, d'après l'auteur, que le français est, de fait, la langue officielle du Québec. Reprenons les passages les plus significatifs de son exposé:

«À partir de ce texte (l'article 133) et de l'interprétation restrictive ou statuaire qui a prévalu au Canada, se dégage que l'Acte de l'Amérique du Nord britannique n'a proclamé aucune langue en particulier comme étant la langue officielle du Canada. Cela ne signifie pas qu'il n'y en a pas une, mais que selon la tradition constitutionnelle britannique, elle se dégagera de la situation de fait et de coutume. Le texte de l'article 133 suppose qu'il y a telle coutume, et que l'usage de la langue non coutumière se verra garantir l'exercice limité que prévoit l'article 133».⁽⁴⁶⁾

«Sur ce texte (l'article 133), ou bien on raisonne à la façon latine et française pour y voir posé le principe de l'égalité des deux langues, donc du caractère officiellement bilingue des deux régimes de gouvernement concernés; ou bien on raisonne dans la perspective britannique de la Common Law et du droit statuaire, en vertu de laquelle l'article ne contient pas tout le droit, mais vient seulement modifier ou consolider sur des points spécifiques la situation de droit déjà établie par la coutume et les textes antérieurs.»^(46 bis)

Cette analyse met en cause la notion de «langue officielle», dont nous avons dit, en nous appuyant sur de nombreux précédents étrangers, qu'elle comportait généralement des garanties constitutionnelles écrites précises. Il ne nous paraît donc pas que l'on puisse parler historiquement de «langue officielle» dans le cas du Québec, puisque de telles garanties n'ont pas existé. Cependant, il nous paraît que la notion de «langue en possession d'État» décrit bien la situation du français au Québec.

Or, la «langue en possession d'État» est peut-être plus importante, dans certains cas, que la langue officielle. En effet, nombreux sont les pays qui n'ont pas désigné dans leur constitution ou leurs lois la langue «officielle», tout simplement parce que cela n'était pas nécessaire. Ainsi,

(45 bis) 14 Geo. III, C. 83.

(45 ter) 32 Geo. III, C. 31.

(45 quater) 3-4 Vict. C. 35 «An Act to re-unite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for the Government of Canada.»

(46) Angers, *op. cit.*, p. 25.

(46 bis) *Ibid.*, p. 69.

la Grande-Bretagne et la France n'ont pas de langue «*officielle*», au sens où nous l'entendons dans le présent mémoire; néanmoins, qui contesterait que le français est «*en possession d'État*» en France? Certains diront que ces pays ont une langue «*officielle*» sans qu'il soit besoins de prescription constitutionnelle et, si l'on adopte cette définition de la langue officielle, force nous est de reconnaître que le français est la langue officielle du Québec, consacrée par l'histoire.

Nous préférons toutefois nous en tenir à notre définition plus restreinte de la langue officielle; mais nous sommes conscient du fait que les pays qui se sont donné une langue officielle sont sans doute, dans la plupart des cas, des pays où la question linguistique soulève des problèmes. L'adoption par le Parlement canadien de la *Loi sur les langues officielles* en constitue un exemple frappant.

D'une certaine façon, les pays où existent une ou plusieurs «*langues officielles*» constituent l'exception, et non la règle. Dans la majorité des pays, la langue parlée est «*en possession d'État*». Ce statut linguistique nous paraît au moins aussi important que le statut de «*langue officielle*». Dans un cas comme celui du Québec, l'existence d'une langue «*en possession d'État*» nous paraît même déterminante.

C'est sans doute parce que les Constituants prenaient cela pour acquis — les textes de Macdonald et Cartier cités par M. Angers l'indiquent — qu'ils n'ont pas parlé de «*langues officielles*» dans l'article 133 de l'*A.A.N.B.* Il allait de soi que l'anglais était en possession d'État dans la partie anglophone du pays et que le français l'était au Québec; c'est le cas de l'autre langue qu'il fallait régler, en lui accordant des garanties limitées, mais réelles.

Un autre auteur, H. Marx, dans une étude également très fouillée des textes, écrit que, implicitement, l'article 133 confirme le bilinguisme officiel existant au moment de la Confédération. Voici un extrait de son exposé:

«If we read s. 133 omitting the reference to Quebec, what would have been the official language in the Province? When The Constitutional Act of 1791 divided Quebec into the provinces of Upper and Lower Canada, all former Laws continued in existence unless varied and nothing was stated about language. After 1791 Lower Canada had two official languages and the Legislature had the jurisdiction to enact legislation as concerns language. The situation was analogous in 1867 except that the provinces of Ontario and Quebec were created from the former Province of Canada. If reference was not made to Quebec in s. 133, then the customary languages would continue to be lawful — that is, both the English and French languages. Consequently, the refer-

ence to Quebec in s. 133 must sensibly have been meant to entrench language rights, or else this reference is otiose.»⁽⁴⁷⁾

Il y a lieu de souligner que l'auteur procède sans le dire à une définition de ce qu'est la notion de «*langue officielle*» à partir de la seule langue *du parlement*, c'est-à-dire la langue de la Législature du Bas-Canada^(47 bis). Or, nous avons démontré qu'un État peut très bien posséder des règles précises quant à l'égalité de deux langues au Parlement (l'une d'elles peut même être une «*langue supplétive*»), sans que l'on soit pour autant en présence de «*deux langues officielles*». D'ailleurs, il serait étonnant que les Constituants aient voulu accepter de façon implicite *une notion juridique qui n'avait pas cours à l'époque*, en commençant par énumérer les seuls secteurs où ils en garantissaient l'application!

L'analyse des textes constitutionnels, ainsi que des antécédents nous démontrent donc que le Canada ne connaît pas historiquement le statut de «*langue officielle*», qu'il s'agisse de l'anglais ou du français; toutefois, l'histoire démontre non moins clairement que le statut «*non officiel*» de «*langue en possession d'État*» a toujours existé.

À la question posée, existe-t-il une conception de «*langue officielle*» dans le système constitutionnel canadien, nous devons donc répondre par la négative, tout en attirant l'attention sur l'existence de deux langues fondamentales, chacune en possession d'État sur son territoire historique.

2 — *Existe-t-il d'autres définitions de statut linguistique selon le système constitutionnel canadien?*

Si nous nous référons à la définition que nous avons donnée de la «*langue à protection limitée*», il est possible de répondre affirmativement. En effet, le Canada possède un tel statut linguistique, puisqu'il a reconnu «*l'obligation pour l'État d'utiliser ou de favoriser l'emploi d'une ou plusieurs langues dans certains secteurs définis limitativement par la Constitution*»⁽⁴⁸⁾.

(47) Marx, *loc. cit.*, p. 254.

(47 bis) *Ibid.*, p. 254, note 77.

(48) Voir ci-dessus.

Seconde partie

Les options linguistiques du Québec et leur portée constitutionnelle

Les définitions des différents statuts linguistiques étant maintenant établies, et le contenu de la notion de langue officielle, précisé, qu'il nous soit permis d'étudier dans cette seconde partie l'étendue de la compétence du Québec en matière linguistique et d'en préciser la portée à l'aide des hypothèses législatives suivantes:

- 1) Le Québec a-t-il la compétence sous l'empire de la Constitution actuelle, pour déclarer que deux langues sont officielles?
- 2) Le Québec a-t-il la compétence constitutionnelle pour déclarer que deux langues sont officielles, mais avec un statut distinct pour l'une d'elles, c'est-à-dire comportant des éléments qui ne sont pas inclus dans le statut de langue officielle?
- 3) Le Québec a-t-il la compétence constitutionnelle pour déclarer une langue, seule langue officielle?
- 4) Le Québec a-t-il la compétence constitutionnelle pour déclarer une langue, seule langue officielle, tout en accordant un statut distinct moindre à une seconde langue?

Dans chacune de ces hypothèses, nous analyserons, s'il y a lieu, leurs conséquences constitutionnelles en fonction des définitions des différents statuts linguistiques données dans la première partie du présent mémoire.

Avant d'aborder les différentes hypothèses législatives, cependant, nous disposerons de la question préalable du partage des compétences, d'après le droit constitutionnel canadien, en matière de droits linguistiques.

A. — Dispositions constitutionnelles

L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* n'a pas fait des droits linguistiques une catégorie particulière de compétence appartenant exclusivement ou conjointement à l'un et l'autre niveau de gouvernement. La Constitution canadienne a, en vérité, fait très peu état des droits linguistiques, et une seule disposition, contenue au chapitre des «*Dispositions diverses*», traite de cette question: l'article 133, mentionné ci-dessus.

Comme nous l'avons souligné dans la première partie et comme la plupart des commentateurs l'ont fait observer⁽⁴⁹⁾, cet article a une application très limitée et ne peut en aucune façon nous permettre de disposer de la question du partage des compétences en matière de langue. Il s'agit là, en fait, d'une disposition visant essentiellement à protéger certains droits linguistiques limités de la minorité française au Canada⁽⁵⁰⁾, d'une part, et de la minorité anglaise au Québec, d'autre part. Elle ne règle en rien la question des compétences en matière de droits linguistiques.

B. — Droits linguistiques: compétence accessoire

Il semble — suivant l'opinion de la majorité des auteurs — que la compétence constitutionnelle en matière de droits linguistiques soit accessoire par rapport au partage général établi expressément par la Constitution⁽⁵¹⁾. Les droits linguistiques, dans cette optique, ne sont pas considérés comme une catégorie juridique «*substantive*», mais bien comme un champ de législation secondaire pouvant, facultativement, faire l'objet d'une réglementation à l'occasion de l'exercice des compétences législatives énumérées dans la Constitution. La compétence législative est donc, en matière linguistique, une compétence partagée entre les deux niveaux de gouvernement, ceux-ci pouvant respectivement statuer sur les droits linguistiques dans tous les domaines relevant de leur compétence. Toutefois, il est douteux que cette constatation permette au pouvoir fédéral d'imposer l'unilinguisme anglais dans ses services installés au Québec, car cela irait à l'encontre du statut qu'y possède le français en tant que langue «*en possession d'État*».

(49) A.L.C. de Mestral et W. Fraiberg, *Language Guarantees and the Power to Amend the Canadian Constitution*, 1966-67 McGill Law Journal 502, à la page 502; Lyon & Atkec, *Canadian Constitutional Law in a Modern Perspective*, University of Toronto Press, Toronto, 1970, p. 598; H. Marx, *Language Rights in the Canadian Constitution*, (1967) 2 R.J.T. 239, aux pages 241 et 242; Sheppard, *The Law of Languages in Canada*, Studies of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, No. 10, Ottawa, 1971, p. 99.

(50) La protection accordée à cette minorité ne vaut qu'à l'égard de l'État fédéral et non à l'égard des provinces autres que le Québec. Le Manitoba, toutefois, en vertu des dispositions de l'article 23 de l'Acte du Manitoba, 1870, reconnaissait l'égalité de l'anglais et du français devant les Chambres de la Législature et devant les tribunaux de la Province.

(51) De Mestral et Fraibert, loc. cit., p. 505; Lyon & Atkre, op. cit., p. 599; Sheppard, op. cit., p. 102. La Commission Royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme a, pour sa part, constaté cet état de fait. Voir *Rapport de la Commission*, Livre I, pp. 54 et 55. Nous prenons pour acquis que le terme «*ancillaire*» utilisé par ces auteurs se réfère au sens usuel du terme et non à son sens strict, véhiculé par la doctrine de l'ancillarité, qui implique la présence de deux compétences énumérées appartenant respectivement à l'un et l'autre niveaux de gouvernement.

L'illustration la plus éloquente de ce schéma de partage constitutionnel est sans aucun doute l'éducation. Les tribunaux ont en effet reconnu aux provinces le droit de légiférer exclusivement sur la langue d'enseignement à l'intérieur de leur territoire, sous l'autorité de la compétence que leur confère l'article 93 de l'*A.A.N.B.* en matière d'éducation⁽⁵²⁾. Plusieurs provinces se sont d'ailleurs prévaluées de ce droit, tout particulièrement au cours des dernières années.

À la suite des recommandations de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme⁽⁵³⁾, l'Ontario et le Nouveau-Brunswick ont adopté des dispositions législatives consacrant le bilinguisme de leur système d'enseignement public⁽⁵⁴⁾. Le Manitoba a également apporté, en 1970, un amendement à sa loi sur les écoles publiques⁽⁵⁵⁾ faisant de l'anglais et du français les langues d'enseignement dans cette province. Enfin, le Québec, par l'adoption du «*Bill 63*»⁽⁵⁶⁾, a consacré dans un texte de loi le principe de la liberté des parents de choisir la langue d'enseignement de leurs enfants⁽⁵⁷⁾.

Ce système de partage constitutionnel signifie, par ailleurs, que les provinces peuvent valablement légiférer sur la langue dans des domaines tels les institutions municipales⁽⁵⁸⁾, la propriété et les droits civils⁽⁵⁹⁾,

(52) *Trustees of the Roman Catholic Separate Schools v. Mackell*, (1917) A.C. 62. Lord Buckmaster a formulé dans cet arrêt la règle classique du caractère restrictif des garanties accordées par l'article 93 de l'*A.A.N.B.*: «... the class of persons to whom the right or privilege is reserved must, in their Lordships' opinion, be a class of persons determined according to religious belief, and not according to race or language» (p. 69 du jugement).

(53) Rapport, Introduction générale, Livre I, *Les langues officielles*, Ottawa, 1967, pp. 98, 99 et 153.

(54) *Ontario: The Schools Administration Amendment Act*, S.O. 1968, ch. 121, art. 5 et 9, et *The Secondary Schools and Boards of Education Amendment Act*, S.O. 1968, ch. 122, art. 10. Rappelons que l'Ontario, en adoptant cette législation, opérait un revirement par rapport à l'attitude qu'elle avait adoptée au début du siècle lors de la passation du Règlement 17 du ministère de l'Éducation, ayant pour effet d'abolir les écoles françaises dans cette province. Nous savons par ailleurs que c'est ce règlement qui a donné lieu à l'arrêt précité du Conseil Privé et qui a fourni aux tribunaux l'occasion de se prononcer sur l'extension linguistique de la compétence des provinces en matière d'éducation. *Nouveau-Brunswick: Official Languages of New Brunswick Act*, S. of N.B. 1969, ch. 14, art. 13.

(55) *An Act respecting Public Schools*, R.S.M. 1970, ch. P-250, art. 258 (Bill 113).

(56) *Loi pour promouvoir la langue française au Québec*, S.Q. 1969, ch. 9.

(57) *Ibid.*, art. 2.

(58) Par exemple: *Loi des cités et villes*, S.R.Q. 1964, ch. 233, art. 362; Code Municipal du Québec, art. 127 à 131a.

(59) Voir, notamment, les articles 1571a, 1571d, 1671a, et 1682 c.c. Aussi, *Loi de la vente des objets non réclamés*, S.R.Q. 1964, ch. 316, art. 7 et 9.

les corporations ayant des objets provinciaux⁽⁶⁰⁾, le travail à l'intérieur de la province, sauf en ce qui a trait aux institutions relevant de la juridiction fédérale⁽⁶¹⁾, la réglementation routière⁽⁶²⁾ et, de façon générale, toute question d'intérêt local dans la province.

Les provinces peuvent également déterminer, de façon générale, la langue officielle de l'ensemble de leurs institutions étatiques, lesquelles ne sont que le prolongement de leurs compétences⁽⁶³⁾.

De même, le Parlement fédéral a compétence pour légiférer en matière de langue dans tous les domaines relevant de sa juridiction. Il a, en vertu de ce pouvoir, adopté en 1969, la *Loi concernant le statut des langues officielles du Canada*,⁽⁶⁴⁾ établissant le bilinguisme des institutions fédérales⁽⁶⁵⁾.

Dans des domaines plus spécifiques, le Parlement a, à l'instar des provinces, adopté certaines dispositions statutaires relatives à la langue, notamment en ce qui concerne la composition des jurys dans les procès criminels⁽⁶⁶⁾, le droit à un interprète⁽⁶⁷⁾, le nom corporatif des compagnies relevant de la compétence fédérale⁽⁶⁸⁾ et, les conditions d'obtention de la citoyenneté canadienne⁽⁶⁹⁾.

C. — Critique de ce système

Le caractère accessoire des compétences constitutionnelles en matière de droits linguistiques a suscité la critique d'au moins un commentateur. Ses propos méritent d'être soulignés. C.-A. Sheppard, dans son étude publiée pour le compte de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, écrit en effet:

« Yet the ancillary regulation of language in any society, and particularly in a bilingual one, is undoubtedly secondary to its cultural

(60) *Loi des compagnies*, S.R.Q. 1964, ch. 271, art. 31. *Loi des compagnies de gaz, d'eau et d'électricité*, S.R.Q. 1964, ch. 285, art. 4.

(61) L'arrêt *Toronto Electric Commissioners vs Snider*, 1925 A.C. 396, a consacré la compétence provinciale sur les relations de travail à l'intérieur de la province.

(62) *O'Brien v. Allen*. 30 S.C.R. 340.

(63) C'est précisément ce qu'a fait le Nouveau-Brunswick en adoptant sa loi de 1969, *Supra*, note 54; *in fine*.

(64) S.C. 1968-9, ch. 54, art. 1.

(65) *Ibid.*, art. 2. Au niveau de l'administration publique, ce bilinguisme n'est pas intégral, mais limité à certains districts dits bilingues établis par l'article 12.

(66) *Code criminel*, 1969-70, ch. C-34, art. 555 et 556.

(67) *Loi électorale du Canada*, S.R.C. 1970, ch. 14, 1er supplément, art. 45 (19); *Loi canadienne sur la tempérance*, S.R.C. 1970, ch. T-5, art. 45.

(68) *Loi concernant les corporations*, S.R.C. 1970, ch. C-32, art. 25 (2).

(69) *Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.R.C. 1970, ch. C-19, art. 10 (1) e.

significance. To say that language is a mere means of communication is to state less than half the truth, It is also and foremost, the foundation of a particular culture, the prerequisite of its survival and the vehicle of its propagation. In this perspective, language can no longer be treated as an incidental; it becomes the essential element of ethnic identity and cultural continuity... Rather than language being ancillary to other ends, these ends may become ancillary to the conservation of language. Even from a detached constitutional point of view, to approach language as a mere ancillary of ordinary or provincial jurisdiction is fruitless and unrealistic.⁽⁷⁰⁾ »

Cette critique, bien que fondée avant tout sur des considérations socio-culturelles, souligne une anomalie juridique fort réelle et soulève, avec beaucoup d'à-propos, la possibilité de substituer à l'approche traditionnelle des droits linguistiques une approche plus fondamentale.

Une telle proposition est toutefois nouvelle et les tribunaux n'ont pas eu à se pencher sur sa validité ou son opportunité. Il semble aussi tout comme l'auteur de la critique le souligne d'ailleurs lui-même⁽⁷¹⁾, que *seul un amendement constitutionnel pourrait permettre un tel changement*. Aucune compétence actuellement énumérée dans la Constitution ne pourrait, même à la lumière des nombreuses techniques d'interprétation appliquées par les tribunaux supérieurs au cours de l'histoire constitutionnelle canadienne, permettre d'attribuer exclusivement à l'un ou l'autre niveau de gouvernement l'importante question des droits linguistiques. De même, il paraît impossible d'attribuer cette compétence aux deux niveaux à la fois, sous forme de compétence partagée ou mixte, soit en faisant appel aux catégories énumérées, soit en invoquant les clauses de compétence résiduelle.

C'est donc, en définitive, à un niveau autre que juridique qu'une telle solution pourrait intervenir. C'est pourquoi, pour les fins de la présente étude, qui se veut essentiellement juridique, nous nous en tenons à la façon traditionnelle d'aborder les droits linguistiques en droit canadien, c'est-à-dire celle voulant qu'il s'agisse là d'une compétence accessoire.

Dans cette optique, il convient maintenant que nous analysions les limites imposées aux pouvoirs législatifs en matière de droits linguistiques.

(70) *Op. cit.*, p. 101.

(71) *Ibid.*, p. 102.

D. — Limites aux compétences législatives en matière de droits linguistiques

1 — Limites prévues à l'article de l'A.A.N.B.

L'article 133, nous l'avons vu, protège les droits du français et de l'anglais au Parlement et à la Législature du Québec, ainsi que devant les tribunaux fédéraux et ceux du Québec.

Cet article constitue donc, de toute évidence, une limite à l'action législative de ces deux autorités, dans leur réglementation des droits linguistiques.

Pour ce qui est du Parlement fédéral, il ne fait aucun doute que l'article 133 est restrictif et qu'il constitue un obstacle absolu, toute modification des privilèges accordés par cette disposition lui étant expressément interdite depuis l'adoption de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1949 — N° 2⁽⁷²⁾. La compétence (accessoire) du Parlement de légiférer en matière de langue, dans le cadre de l'exercice de ses compétences énumérées, est donc limitée par les dispositions de l'article 133⁽⁷³⁾.

Le cas du Québec, toutefois, est plus compliqué et a suscité diverses interprétations.

Les garanties linguistiques de l'article 133 ne comportent pas, en ce qui concerne le Québec, une protection équivalente à celle que présente l'article 91 (1) à l'égard du Parlement. Au contraire, l'article 92 (1) de l'A.A.N.B. énonce ce qui suit:

«92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur les matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérées, à savoir:

1° — À l'occasion, la modification (nonobstant ce qui est

(72) Cette loi a ajouté au paragraphe 91 de l'A.A.N.B. l'actuel alinéa 1 qui permet au Parlement de modifier sa constitution, sauf certaines restrictions y énumérées, notamment «en ce qui regarde l'emploi de l'anglais ou du français». C'est ce qui explique, d'ailleurs, que le Parlement, lors de l'adoption de la *Loi sur les langues officielles* de 1969 a exclu de l'application des dispositions relatives aux langues officielles devant les tribunaux fédéraux, tout «tribunal devant lequel, en vertu de l'article 133 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1867, quiconque peut utiliser l'une ou l'autre des langues officielles» (Article 11 (4) de la loi). Leur assujettissement au mécanisme des districts bilingues aurait pu entraîner, dans certains cas, une violation des privilèges reconnus par l'article 133.

(73) Voir à ce sujet de Mestral et Fraiberg, *loc. cit.*, p. 506; Herbert Marx, *loc. cit.*, p. 242; Claude-Armand Sheppard, *op. cit.*, p. 102.

contenu au présent Acte) de la constitution de la province, sauf les dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur».

Aucune restriction expresse n'est donc faite quant à la modification des privilèges accordés en matière de langue et, qui plus est, l'article comporte même la clause dite «*nonobstant*», ce qui lui confère, *a priori*, une immunité contre les restrictions contenues ailleurs dans l'A.A.N.B. Cet aspect du texte constitutionnel n'a pas manqué d'attirer l'attention des commentateurs, lesquels ont souligné le doute qu'il laisse planer sur les droits de la minorité anglophone du Québec⁽⁷⁴⁾.

La question est d'autant plus pertinente que l'histoire constitutionnelle canadienne nous offre, à cet égard, un précédent très important.

La province du Manitoba, de par les dispositions statutaires qui ont fondé son entrée dans la Confédération, se trouvait, en ce qui concerne les garanties linguistiques, dans une situation identique à celle du Québec. En effet, l'Acte du Manitoba, de 1870⁽⁷⁵⁾, contient un article à l'effet suivant:

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

(74) Messieurs de Mestral et Fraiberg ont analysé longuement ce problème, sans toutefois en tirer de solution précise: «*In sum, protection of these language rights from interference by Provincial Legislatures turns upon the possibility of establishing that sec. 133 is not within the ambit of sec. 92(1)*» (*loco cit.*, p. 513); Sheppard étudie également le problème, soulignant que: «*Yet, although it might appear that section 133 is beyond the reach of the province, a textual analysis of the B.N.A. Act and reference to historical precedent give at least a minimum of plausibility to the opposite view*» (*op. cit.*, p. 103); Marx considère, pour sa part, la question résolue: «*Whereas the restriction on the Federal Parliament to alter S. 133 is expressed, the same hindrance applies to the Québec Legislature in which case the restriction is implicit*» (*loc. cit.*, p. 243). Enfin, Lyon et Atkec adoptent une attitude similaire, précisant, toutefois, quant aux effets de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique 1949, No 2, en ce qui concerne l'article 133, que «*Upon present constitutional conventions, the unanimity of all Canadian jurisdictions would be required to change this section*». *Op. cit.*, p. 595.

(75) Acte du Manitoba 1870, S.C. 33 Victoria, chap. 3.

Des doutes ayant été soulevés sur la constitutionnalité de cette loi, une loi impériale, l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1871⁽⁷⁶⁾, fut adoptée pour en confirmer la validité⁽⁷⁷⁾ et soustraire expressément à l'action du Parlement la modification de ses dispositions⁽⁷⁸⁾. Cette intervention impériale avait donc pour effet de «*constitutionnaliser*» l'*Acte du Manitoba* et, partant, de mettre cette province, quant aux garanties linguistiques accordées aux minorités, dans une situation similaire à celle du Québec⁽⁷⁹⁾.

Or, le Manitoba, par une loi de 1890⁽⁸⁰⁾, a abrogé l'article 23 de l'*Acte du Manitoba*, le remplaçant par une disposition dont l'effet était de rendre désormais l'anglais seule langue officielle des débats de l'Assemblée et des tribunaux de la province⁽⁸¹⁾. Cette modification, quoique de légalité fort douteuse, n'a jamais été soumise à l'appréciation des tribunaux, ni désavouée par le pouvoir fédéral.

La question qui se pose est donc la suivante: le Québec pourrait-il amender l'article 133 de l'*A.A.N.B.* et abroger les garanties qu'il accorde à la minorité anglaise de cette province? Les commentateurs qui ont étudié le problème et que nous avons déjà cités⁽⁸²⁾ ne sont pas unanimes, la solution étant évidente pour les uns et douteuse pour les autres.

Pour notre part, nous pensons que le précédent manitobain autorise une réponse affirmative à cette question. Quelle qu'ait pu être l'intention des Constituants, l'histoire subséquente et l'ambiguïté du texte constitutionnel pourraient jouer également à l'égard du Québec. Il faut noter, cependant, qu'une certaine interprétation des textes permettrait de soutenir le contraire⁽⁸³⁾.

En effet, si l'on se réfère à l'aménagement global du texte constitutionnel, on constate que les mots «*Constitutions provinciales*» semblent

(76) 34-35 Victoria, chap. 28.

(77) L'article 5 de l'*Acte* stipule que la *Loi du Manitoba* ainsi qu'une autre loi adoptée par le Parlement «seront et sont considérées comme ayant été valides à toutes fins à compter de la date où, au nom de la Reine, ils ont reçu la sanction du Gouverneur Général dudit Dominion du Canada».

(78) L'article 6 stipule que, sauf le changement des limites de la province, à certaines conditions, «le Parlement du Canada n'aura pas compétence pour changer les dispositions de l'*Acte*...».

(79) Par l'effet de l'article 2 de l'*Acte du Manitoba* 1870, l'article 92(1) devenait applicable à la nouvelle province.

(80) *Loi sur les langues officielles*, S.M. 1890, ch. 14.

(81) *Ibid.*, art. 1 et 2.

(82) *Supra*, note 74.

(83) Voir Marx, *supra*, note 74.

y avoir un contenu très particulier, à savoir, les dispositions de la partie V de l'Acte, comprenant les articles 58 à 90. Comme l'ont souligné les auteurs de Mestral et Fraiberg, les tribunaux ont, au moins une fois, donné une telle interprétation de cette expression⁽⁸⁴⁾. Le texte constitutionnel permet aux provinces de modifier leur constitution, mais il ne s'agirait que d'un pouvoir de modifier la partie V de l'Acte, ce qui exclurait la modification des garanties linguistiques, puisque l'article 133 se trouve à la partie IX de l'Acte. Cependant, toute cette argumentation vient buter sur le précédent manitobain.

2 – Limites imposées par les «droits acquis» et les droits fondamentaux

Nous avons mentionné plus haut le contenu restreint de l'article 133, lequel ne s'applique qu'à la Législature et aux tribunaux du Québec — du moins pour ce qui est de cette province⁽⁸⁵⁾. Cette disposition ne couvre donc pas l'ensemble des rapports de l'État avec les citoyens. Au contraire, elle laisse de côté tout le secteur administratif — la fonction publique — qui, de toute évidence, ne connaissait pas en 1867 l'ampleur qu'il connaît aujourd'hui. L'interprétation littérale du texte ne permet pas d'en étendre la portée à toutes les ramifications administratives de l'État actuel, car, il faut bien le noter, ce n'est pas le terme «gouvernement», lequel était connu en 1867, qui a été utilisé dans l'*A.A.N.B.*, mais bien celui de «Législature»⁽⁸⁶⁾.

L'article 133 ne traite pas non plus, c'est du moins l'interprétation normale et la plus répandue de ce texte⁽⁸⁷⁾, des tribunaux administratifs, qu'ils soient purement administratifs ou quasi-judiciaires⁽⁸⁸⁾. Enfin, il

(84) R. v. Ulmer, (1925) 1 W.W.R., cité par de Mestral et Fraiberg, *loco cit.*, pp. 512-3.

(85) *Supra*, note 49, particulièrement Lyon et Atkee, *op. cit.*, aux pages 598 et 599, qui analysent tour à tour les secteurs judiciaires, quasi-judiciaires, administratif et celui de la législation déléguée.

(86) Un raisonnement par analogie, comme celui qui a été fait par le Conseil Privé pour établir la compétence juridictionnelle du Parlement sur les radiocommunications ne pourrait donc être utilisé ici. *In Re Regulation and Control of Radiocommunications in Canada*. (1932) A.C. 304.

(87) Voici les commentaires de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme sur le sujet: «Tout aussi marqué d'incertitude est le statut du nombre croissant d'organismes quasi-judiciaires exerçant bon nombre des fonctions antérieurement réservées aux tribunaux ordinaires. Au fédéral, nous avons dénombré au moins 13 commissions importantes exerçant une fonction quasi-judiciaire. Nous avons identifié au Québec des tribunaux quasi-judiciaires tout aussi actifs. Du point de vue quantitatif, leur rôle de justice semble aussi important aujourd'hui sinon davantage que celui des tribunaux traditionnels. Mais les garanties linguistiques constitutionnelles ne s'appliqueraient pax à eux». Rapport, Livre I, p. 54.

(88) Une jurisprudence récente des provinces anglaises a interprété restrictivement les mots «tribunaux du Canada» de l'article 133, excluant de leur champ d'application les tribunaux provinciaux exerçant une juridiction fédérale en vertu du *Code criminel*: *Regina v. Watts, ex parte Poulin*, (1968-69) D.L.R. (2d) 526; *Regina v. Murphy, ex parte Belisle and Moreau*, (1968-69) D.L.R. (2d) 530.

laisse de côté le système d'éducation, lequel, nous l'avons noté, a été considéré comme bénéficiant d'aucune garantie d'ordre linguistique, selon le texte de l'article 93 de l'*A.A.N.B.*⁽⁸⁹⁾.

Il n'est donc pas douteux que l'étendue possible de la législation en matière de droits linguistiques recouvre un domaine beaucoup plus considérable que les seuls secteurs mentionnés à l'article 133 de l'*A.A.N.B.* Dans l'optique d'une législation destinée à couvrir l'ensemble des institutions étatiques provinciales, les secteurs que nous venons de mentionner (notamment celui de l'éducation et celui de l'administration publique) constituent la partie la plus importante de ce domaine.

Or, existe-t-il, dans cette optique, quelque restriction à la compétence législative du Québec, inhérentes, non pas au partage des compétences établi par la Constitution, ni à l'article 133 de l'*A.A.N.B.*, mais à des règles dites supérieures, telles les droits acquis des minorités et les libertés fondamentales? C'est la dernière question à laquelle il nous faut répondre avant de conclure.

a) — Droits acquis des minorités

Certains auteurs qui ont étudié la question des droits linguistiques ont souligné le souci constant qu'a eu le Québec de respecter et même de favoriser la langue de la minorité anglophone⁽⁹⁰⁾. Pour certains, ce souci du Québec et les pratiques qu'il a permis d'instaurer ont fait de l'anglais, tout comme du français, une langue officielle de la province:

«It is evident that of all Canadian Jurisdictions, including the Federal government, Quebec has given the widest official status to both languages and treats English, at least from a legal point of view, as being equal with French».⁽⁹¹⁾

La plupart des commentateurs, toutefois, y compris celui que nous venons de citer, s'accordent à dire que les droits reconnus *en pratique* aux minorités ne font l'objet d'aucune garantie et peuvent être restreints ou

(89) Affaire Mackell précitée.

(90) Le *bill 63* est sans contredit un exemple de cette attitude. Voir à ce sujet la critique de J. B. Paradis, *Language Rights in Multicultural States: A comparative Study*. (1970) *Revue du Barreau Canadien*, 651, à la p. 679: «*The Act therefore generally provides for the entrenchment of French as the official language of Québec; but in the process, it provides, for the first time, a legal guarantee to the English minority that it may, upon its request, have its children educated in English*». Il est inutile de rappeler les circonstances qui ont entouré l'adoption de ce projet de loi, notamment, la crise scolaire de Saint-Léonard.

(91) Sheppard, *op. cit.*, p. 310.

même abrogés à volonté par l'autorité compétente. Voici ce que dit la Commission royale d'enquête précitée à ce sujet:

«Les droits linguistiques qu'on exerce au Canada sont généralement fondés sur la coutume, sur des considérations pratiques ou politiques, ou bien ils découlent d'une compétence accessoire. Sans sous-estimer la coutume ou la législation accessoire comme compléments des dispositions constitutionnelles existantes, nous devons nous rappeler que ces droits ne font l'objet d'aucune garantie et que les dispositions législatives peuvent être abrogées à volonté».⁽⁹²⁾

La question qui se pose est donc la suivante: la coutume établie au Québec en matière de droits linguistiques (en ce qui a trait aux institutions étatiques, et partant, aux rapports des individus avec l'État) constitue-t-elle un obstacle à toute action législative qui aurait pour effet de restreindre les droits ainsi reconnus? En d'autres termes, les minorités linguistiques bénéficient-elles, à cet égard, de droits acquis?

Parler de «*droits acquis*», dans ce contexte, signifie en fait étudier la force de la coutume comme source créatrice de droit. Il ne s'agit pas, en effet, d'analyser l'institution juridique dite des «*droits acquis*» au sens strict, laquelle est essentiellement une institution de droit administratif⁽⁹³⁾ ou, en matière de droit privé, une institution ne s'appliquant qu'au domaine contractuel:

«Les lois sur la capacité et l'état des personnes ne constituent pas des droits acquis; ce sont des situations légales; elles ne peuvent régner sans partage dans l'avenir; les lois nouvelles qui les concernent devront s'appliquer immédiatement, dans la mesure où les actes de réalisation de cette capacité en fonction de cet état n'ont pas été déjà consommés».⁽⁹⁴⁾

Appliquer la notion de droits acquis aux situations juridiques objectives, ce qui est le cas lorsque nous parlons de droits linguistiques des minorités, entraînerait comme conséquence un immobilisme juridique et, partant, une impossibilité chronique d'adaptation du droit aux changements sociaux.

(92) *Rapport*, livre I, p. 56; Sheppard, *op. cit.*, p. 100. Celui-ci, en parlant du bilinguisme de fait assez important dans la législation subordonnée au Québec et au Canada, nous dit: «*Admittedly, the custom is old and uniform enough to acquire almost the force of law, but it is not yet law. Section 133 of the B.N.A. Act is perhaps its inspiration, but not its sanction*».

(93) Nos tribunaux ont souvent sanctionné cette institution, notamment, en matière de zonage. *Ville de Saint-Bruno-de-Montarville v. Potvin et Carrière* T.P.R. Ltée. (1970) C.A. 864.

(94) Louis Baudouin, *Les Aspects généraux du droit public dans la Province de Québec*, Paris, 1965, pp. 203-204.

Il nous faut donc fonder notre réponse sur le rôle de la coutume comme force créatrice de droit. Le Professeur G. Ripert dit à ce sujet:

«La création du droit positif est devenue chose facile dans les sociétés modernes, puisqu'elle dépend du pouvoir politique. La coutume, qui autrefois se formait lentement et stabilisait les règles, n'est plus considérée que comme une source secondaire du droit. La règle juridique est donnée par la loi et la loi est l'expression de la volonté des gouvernants».⁽⁹⁵⁾

Le Professeur R. David, pour sa part, dans une étude du système juridique anglais, nous dit:

«Le droit anglais n'est pas un droit coutumier. La coutume générale immémoriale du royaume sur laquelle est, dans la théorie, fondée la common law, n'a jamais été qu'une simple fiction, destinée à écarter des juges le soupçon de juger de façon arbitraire. Le droit était un droit essentiellement coutumier en Angleterre avant l'élaboration de la common law; la common law a pu emprunter certaines de ses règles aux coutumes locales variées qui étaient jadis en vigueur. Le processus même de constitution de la common law a consisté à élaborer un droit jurisprudentiel, fondé sur la raison, pour le mettre à la place du droit de l'époque anglo-saxonne, fondé sur la coutume».⁽⁹⁶⁾

Comme le souligne la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, qui parle des coutumes comme étant des *«compléments des dispositions constitutionnelles»*⁽⁹⁷⁾, ces énoncés s'appliquent également au droit canadien^(97 bis). La coutume n'est ici qu'une source supplétive de droit, pouvant être sanctionnée par les tribunaux, en cas de silence de la loi⁽⁹⁸⁾. Cette dernière constitue notre source primordiale de droit et les usages ou coutumes, aussi anciens soient-ils, peuvent toujours être précisés, modifiés ou abolis par une disposition législative expresse.

Cela étant, force nous est de reconnaître que lorsqu'il s'agit de décider des droits linguistiques des minorités, au niveau de leurs rapports avec

(95) *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., Paris, 1955, p. 71.

(96) *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 1969, p. 392.

(97) *Infra*.

(97bis) Le Conseil Privé, dans sa jurisprudence sur les conflits en matière confessionnelle, nous a d'ailleurs prouvé la véracité de cette allégation. Arrêt *Mackell* précité. *Maier v. Town of Portland*, in G. J. Wheeler, *Confederation Law of Canada*, Londres, 1896, p. 366.

(98) Le Code civil affirme d'une certaine façon cette règle dans son article 11: *«Le juge ne peut refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi.»*

les institutions étatiques, l'issue repose, non sur une règle juridique, mais sur une décision politique, qui correspond essentiellement à la volonté de la majorité. Il s'ensuit que les droits linguistiques reconnus, dans les faits, aux minorités, ne constituent pas, en droit constitutionnel canadien, une limite à l'activité législative des autorités étatiques.

b) Libertés fondamentales

Le régime parlementaire canadien possède, en raison de ses origines, un certain nombre d'institutions qui ne sont pas inscrites dans la Constitution. C'est ainsi que certaines libertés dites libertés publiques ou libertés fondamentales, non écrites dans l'*A.A.N.B.*, sont néanmoins considérées comme faisant partie des règles de droit constitutionnel. Le juge Abbott de la Cour Suprême est sans doute celui qui a le mieux exprimé cette réalité dans l'arrêt *Switzman v. Elbling*:

«The right of free expression of opinion and of criticism upon matters of public policy and public administration, and the right to discuss and debate such matters, whether they be social, economic or political, are essential to the working of parliamentary democracy such as ours».⁽⁹⁹⁾

et plus loin:

«... the Canadian Constitution being declared to be similar in principle to that of the United Kingdom⁽¹⁰⁰⁾, I am also of opinion that as our Constitutional Act now stands, Parliament itself could not abrogate this right of discussion and debate».⁽¹⁰¹⁾

De nombreux auteurs canadiens se sont penchés sur cette question des libertés fondamentales et ont tenté d'en faire une systématisation⁽¹⁰²⁾. Il ressort de leurs travaux, effectués à partir des institutions d'origine proprement britannique et de leur application par la jurisprudence canadienne, que l'on reconnaît aujourd'hui quatre catégories de libertés fondamentales, notamment, les libertés dites politiques — liberté de religion, liberté d'expression, liberté d'association et liberté de

(99) 1957 R.C.S. 285, à la p. 327.

(100) Le magistrat fait référence ici au préambule de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867.

(101) 1957 R.C.S. 285, à la p. 328.

(102) Voir notamment D. A. Schmeiser, *Civil Liberties in Canada*, Oxford University Press, London, 1964; Frank Scott, *Civil Liberties and Canadian Federalism*, University of Toronto Press, 1957; W. S. Tarnopolsky, *The Canadian Bill of Rights*, The Carswell Company Limited, Toronto, 1966.

presse — ⁽¹⁰³⁾, les libertés économiques et sociales⁽¹⁰⁴⁾, les libertés légales⁽¹⁰⁵⁾ et les libertés dites égalitaires⁽¹⁰⁶⁾.

Les commentateurs qui ont étudié le problème des compétences constitutionnelles en matière de langue ont, pour leur part, souligné les limites qu'imposerait aux deux niveaux de gouvernement l'une des libertés dites politiques ci-dessus mentionnées, à savoir la liberté d'expression⁽¹⁰⁷⁾. La question mérite à coup sûr d'être soulevée, puisque la possibilité existe de porter atteinte à la liberté d'expression par le truchement de dispositions statutaires relatives à la langue. Elle nous invite, par ailleurs, à apporter certaines précisions sur le contenu possible d'une législation d'ordre linguistique.

Une disposition législative relative à la langue peut être axée sur l'un ou l'autre des pôles suivants: les rapports des individus entre eux et les rapports de l'État avec les individus. À l'égard des premiers, il semble évident que la liberté d'action de l'État en matière linguistique est restreinte. Réglementer la langue d'usage des individus dans leurs relations sociales ou privées, implique, a priori, une atteinte à la liberté d'expression et à cet égard, nous partageons l'avis des commentateurs qui ont étudié la question⁽¹⁰⁸⁾. De même une loi prescrivant de façon stricte la langue à utiliser dans les contrats sous seing privé serait sûrement *ultra vires*⁽¹⁰⁹⁾. À l'égard des seconds rapports toutefois (ceux de l'État avec les individus), il nous paraît que la liberté d'action de l'État est beaucoup plus étendue, pour ne pas dire illimitée.

La reconnaissance d'une institution telles les libertés fondamentales, et particulièrement la liberté d'expression, est née du désir de protéger

(103) Voir *Switzman v. Elbling*, 1956 R.C.S. 285; *Birks v. City of Montreal*, 1955 R.C.S. 799; *Robertson and Rosetani v. The Queen*, 1963 R.C.S. 651; *In Re Alberta Statutes*, 1938 R.C.S. 100.

(104) Voir *Re Saskatchewan Minimum Wage Act*, 1948 R.C.S. 248.

(105) Voir *In Re Storgoff*, 1945 R.C.S. 526.

(106) Voir *Regina ex rel. Nutland v. McKay*, (1956) 5 D.L.R. (2d) 403.

(107) Messieurs de Mestral et Fraiberg, dans leur article déjà cité, soulignent qu'une loi provinciale imposant que toute publicité commerciale soit faite en une seule langue dans la province serait sans doute *ultra vires* sous ce chef. *Loc. cit.*, p. 508.

(108) *Ibid.*, p. 509.

(109) Ceci n'exclut pas toutefois la possibilité pour une Législature d'imposer une langue particulière dans certains secteurs du droit privé, sans toutefois interdire l'usage concurrent d'une autre langue. C'est ainsi, par exemple, qu'un arrêté en Conseil du Québec rendant obligatoire l'usage du français sur toute étiquette commerciale, tout en acceptant par ailleurs l'usage d'une autre langue, est tout à fait valide. Voir à ce sujet P. Gérin-Lajoie, *Constitutional Amendment in Canada*, Toronto, 1950, p. 169. L'auteur y souligne la parfaite validité d'une telle loi, ajoutant d'ailleurs, que «outside the limits of s. 133 the Legislature is free to act».

certaines valeurs intéressant essentiellement l'individu. C'est à ce niveau que les tribunaux canadiens ont eu à l'appliquer et à la sanctionner. Le respect de cette institution n'est pas incompatible, toutefois, avec une action législative visant à limiter, par exemple, les règles du jeu linguistiques de l'État lui-même et, partant, de ses institutions. Ce n'est pas, dans cette hypothèse, la liberté d'expression des individus qui est mise en cause mais celle de la collectivité et de l'État. Or, le Parlement ou la Législature sont à cet égard, sous réserve des limites inhérentes au fédéralisme et de l'article 133 de la Constitution, souverains. Leur souveraineté permet, par exemple, des mesures législatives restreignant, au niveau des rapports entre l'État et les citoyens, l'usage de la langue. C'est ainsi qu'un État qui n'offre pas les services de ses différentes institutions dans les langues de toutes les minorités linguistiques représentées sur son territoire, ne peut pour autant être accusé de porter atteinte à la liberté d'expression.

L'État a le pouvoir de choisir la langue de ses institutions et, comme nous l'avons souligné dans la première partie de ce mémoire, n'a pas l'obligation de favoriser la langue de ses minorités linguistiques. Nous pouvons donc conclure, sur cette question des libertés fondamentales, qu'il s'agit là effectivement de règles pouvant limiter la compétence législative en matière linguistique, mais dans la seule mesure où l'on tend à réglementer les rapports des individus entre eux.

Il ressort de cette analyse sur le partage des compétences en matière linguistique, que le Québec, tout comme le Parlement fédéral, d'ailleurs, a entière compétence pour légiférer sur la langue à l'intérieur de son territoire, sous réserve des seules limitations suivantes:

- les domaines exclusivement attribués au Parlement fédéral par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*;
- l'existence, dans le cas du Québec, du français comme langue en possession d'État, excluant l'unilinguisme anglais;
- les garanties spécifiques accordées aux minorités linguistiques par l'article 133 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, sauf si le Québec, s'inspirant du précédent manitobain, venait à abroger cet article (cette solution, nous l'avons vu, soulève un débat juridique);
- les libertés fondamentales, notamment la liberté d'expression et la liberté de presse, à l'égard des activités intéressant les rapports des individus entre eux.

À la lumière de ces conclusions, il est maintenant possible de nous prononcer sur les hypothèses législatives envisagées au début de la seconde partie.

Il va de soi qu'il importe d'aborder ces hypothèses en tenant compte de la définition et du contenu que nous avons donné à la notion de «*langue officielle*» au début de notre analyse, en nous fondant sur le droit comparé et le droit canadien.

E. — Hypothèses législatives sous l'empire de la constitution actuelle

1 — Le Québec a-t-il compétence pour déclarer que deux langues sont officielles?

Si l'on prend pour acquis que les deux langues choisies seraient le français et l'anglais, il semble bien que le Québec a la compétence nécessaire pour déclarer qu'elles sont «*langues officielles*», bien qu'il convienne de rappeler que, du point de vue historique, seul le français soit «*langue en possession d'État*»; toutefois, le conflit qui pourrait naître de l'opposition entre cette réalité et le bilinguisme officiel relève du domaine politique et non du droit. Le Parlement fédéral, qui est soumis aux restrictions constitutionnelles de l'article 133 et à celles que dicte le partage des compétences, a légiféré exactement de cette façon et la loi, de l'avis général, est parfaitement valide⁽¹¹⁰⁾.

De même, du point de vue constitutionnel, l'hypothèse ne soulève guère de difficulté, si ce n'est qu'aucune loi linguistique ne saurait dépasser, dans son application, le cadre relevant de la compétence provinciale. Elle ne nécessiterait donc aucun amendement constitutionnel.

2 — Le Québec a-t-il la compétence constitutionnelle pour déclarer que deux langues sont officielles, mais avec un statut distinct pour l'une d'elles, c'est-à-dire comportant des éléments qui ne sont pas inclus dans le statut de langue officielle?

La réalisation pratique de cette hypothèse est plus difficile à concevoir, étant donné que la notion de langue officielle constitue une sorte de tout indivisible. En effet, nous l'avons dit dans la première partie, la langue bénéficiant de ce statut est, au sens le plus large du terme, la langue de l'État, à tous les niveaux. Il est donc difficile d'imaginer que, deux langues étant reconnues comme officielles avec toutefois dans un cas des droits moindres que dans l'autre, la langue «*moins officielle*» soit véritablement officielle.

(110) Seul un commentateur, le Juge J. T. Thorson, a, à notre connaissance, contesté la validité constitutionnelle de la loi fédérale sur les langues officielles. *Proposed official Languages Act*, dans *Chitty's Law Journal*, 1968, p. 325.

Néanmoins, il est possible de reconnaître comme étant officielles deux langues, en établissant *expressément* par ailleurs que l'une d'elles, dans certains secteurs bien déterminés, fait l'objet de restrictions, ou encore qu'une seule peut être utilisée pour certaines fins. Toutefois, et toujours en prenant pour acquis que les deux langues en question seraient l'anglais et le français, les limites imposées à l'une de ces langues ne sauraient violer les garanties de l'article 133 de l'*A.A.N.B.*, à moins que l'on n'adopte la position, décrite ci-dessus, que cet article peut être abrogé par le Québec.

3 – Le Québec a-t-il la compétence constitutionnelle pour déclarer une langue, seule langue officielle?

L'étude que nous venons de faire des limites à l'action législative des provinces en matière linguistique nous permet de répondre également par l'affirmative à cette question, sous réserve de l'article 133 (si, par hypothèse, cet article n'est pas abrogé – ou ne peut être abrogé – par l'Assemblée du Québec).

Toutefois, dans notre esprit, la question porte en réalité sur la possibilité de proclamer *le français* comme seule langue officielle. La seule véritable limite à la compétence du Québec, dans l'éventualité d'une telle décision, réside au niveau politique, et non dans des obstacles juridiques.

D'autre part, s'il s'agissait, par hypothèse, de faire de l'anglais la seule langue officielle du Québec, il faudrait, en plus des obstacles purement politiques, tenir compte du statut du français en tant que langue «*en possession d'État*». Comme nous l'avons indiqué plus haut, cette réalité fondamentale a des conséquences juridiques et, à notre avis, s'opposerait à l'instauration de l'unilinguisme anglais au Québec.

4 – Le Québec a-t-il la compétence constitutionnelle pour déclarer une langue, seule langue officielle, tout en accordant un statut distinct moindre à une seconde langue?

La réponse à cette question doit être également affirmative, à notre avis, sous réserve des observations qui précèdent. Si l'on se réfère aux différents statuts linguistiques que nous avons étudiés dans la première partie, le Québec pourrait, par exemple, déclarer une langue, seule langue officielle, tout en reconnaissant, par ailleurs, une autre langue comme langue à protection limitée, langue nationale ou même langue supplétive, sous réserve de l'article 133 (toujours si, par hypothèse, cet article n'est pas abrogé – ou ne saurait être abrogé – par la Législature du Québec).

Pour ce qui est du champ d'application de ces mesures, qu'il nous suffise de nous référer aux caractéristiques, analysées dans la première partie, des différents statuts linguistiques possibles. Sauf en ce qui concerne la langue officielle, les différentes modalités des statuts linguistiques sont laissées, quant à leur «*dosage*», à la discrétion des autorités de l'État.

Conclusion

Qu'il nous soit permis, en guise de conclusion, de dégager certaines idées fondamentales qui nous semblent résumer la situation:

- 1) Le Canada ne connaît point, dans son système constitutionnel, de statut de «*langue officielle*», mais plutôt le statut linguistique de «*langue à protection limitée*», défini par l'article 133 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.
- 2) Il existe également au Canada et au Québec, de même que dans de nombreux pays, un statut «*non officiel*» et non écrit de «*langue en possession d'État*». Dans le cas du Québec, cette langue est le français depuis l'époque coloniale française. Ni la conquête, ni les textes constitutionnels britanniques subséquents n'ont modifié cette réalité fondamentale. En l'absence de langue «*officielle*» au Québec, la langue «*en possession d'État*» prend ici une importance juridique considérable; elle s'opposerait, en particulier, à l'instauration de l'unilinguisme anglais.
- 3) L'État fédéral canadien connaît, depuis l'adoption de la *Loi sur les langues officielles*, en 1969, le statut de «*langue officielle*», mais le régime que cette loi a établi n'est pas de nature constitutionnelle; il est de nature purement législative, tenant, par conséquent, au bon plaisir du Parlement fédéral.
- 4) La langue constitue, dans l'état actuel du droit constitutionnel canadien, une compétence partagée entre les deux niveaux de gouvernement; cette compétence se rattache aux diverses autres compétences énumérées expressément dans la Constitution.
- 5) La première limite importante imposée au pouvoir législatif fédéral, en matière linguistique, est l'article 133 de l'*A.A.N.B.*, que le Parlement ne peut abroger sans obtenir de Westminster (avec le consentement des provinces) une modification constitutionnelle. La seconde limite a trait à l'invalidité de toute législation fédérale tendant à instaurer l'unilinguisme anglais au Québec, à l'encontre du statut du français en tant que langue en possession d'État.

- 6) Il est douteux que l'article 133 s'impose au Québec de la même façon, étant donnés les termes de l'article 92 (1) et le précédent manitobain. Toutefois, cette question est sujette à controverse sur le plan constitutionnel.
- 7) Les possibilités d'action de la Législature québécoise en matière de statut linguistique, et, notamment, de langue officielle, sont, dans l'état actuel du droit constitutionnel canadien, illimitées, sous réserve des garanties établies par l'article 133 de l'*A.A.N.B.*, si tant est que le Québec ne puisse abroger cet article.

**(iii) La compétence constitutionnelle et juridique
pour instituer une langue ou des langues
officielles au Québec**

Opinion de

Jean-Charles Bonenfant
(Université Laval, Québec)

**(iii) Constitutional-Legal Competence as to
Establishment of Official Language or
Languages in Québec**

Opinion of

Jean-Charles Bonenfant
(Laval University, Québec)

Mai 1972 May

1 – Les définitions

Demandons-nous d'abord ce que signifie vraiment l'expression «*langue officielle*» qui, pour plusieurs, n'est qu'une abstraction et qui, comme l'a souligné le *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, «*peut être ambiguë*»⁽¹⁾. Sans se livrer, dans des collections de dictionnaires, à une recherche exhaustive qui serait inutile pour les fins du présent mémoire, on peut toutefois en examiner rapidement quelques-uns qui, en français et en anglais, cernent le mieux le sens des mots en tenant compte de leur évolution historique. «*Officiel*» vient évidemment du latin «*officialis*», engendré par «*officium*», désignant un emploi de juridiction publique. Aussi le *Littre* peut-il définir «*officiel*», «*en style d'administration, qui émane du gouvernement*». Le *Robert* précise ce sens avec la définition suivante: «*qui émane d'une autorité reconnue, constituée (gouvernement, administration...)*». En anglais, «*official*» a sensiblement le même sens, et *The Oxford English Dictionary* (vol. VII) donne entre autres définitions la suivante: «*Derived from, or having the sanction of, persons in office; authorized or supported by the government, etc.; hence, authorized, authoritative*».

Notons immédiatement que, pour compliquer légèrement les choses, on utilise parfois, comme nous le verrons plus loin, en Suisse, par exemple, l'expression «*langue nationale*». C'est évidemment celle qui est liée à un «*groupe humain, formant une communauté politique établie sur un territoire défini ou un ensemble de territoires définis, et personnifiée par une autorité plus ou moins souveraine*»⁽²⁾. C'est en ce sens que Jean-Paul Sartre, par exemple pouvait écrire dans *Situations III* que «*la plupart des minorités ethniques, au XIX^e siècle, en même temps qu'elles luttèrent pour leur indépendance, ont passionnément tenté de ressusciter leurs langues nationales*». Je crois qu'il ne faut pas nécessairement identifier la langue nationale avec la langue officielle quoique évidemment dans la plupart des pays les deux se confondent. L'article 116 de la constitution suisse, tel qu'il a été modifié en 1938, nous fait comprendre la distinction. Il se lit comme suit:

«*L'allemand, le français, l'italien et le romanche sont des langues nationales de la Suisse. Sont déclarées langues officielles de la Confédération: l'allemand, le français et l'italien*».

Le canton des Grisons avait exprimé aux autorités fédérales «*le vœu pressant du peuple romanche de voir la langue romanche déclarée et reconnue langue nationale, à côté de l'allemand, du français et de l'ita-*

(1) *Introduction générale*, Livre I, *Les langues officielles*, p. 74.

(2) À l'intérieur du fédéralisme, la souveraineté d'un groupe peut être restreinte, ce qui n'empêche pas de lui accoler l'épithète «*national*».

lien.» Le 1^{er} juin 1937, le Conseil fédéral adressa à l'Assemblée fédérale un message pour lui proposer que satisfaction fût donnée au vœu du canton par une révision constitutionnelle. Il concluait son plaidoyer par ces mots:

«La lutte opiniâtre des Romanches pour leur langue maternelle rappellera à l'ensemble du peuple suisse qu'avant les biens matériels il y a les valeurs de l'esprit, et que nous avons le devoir de défendre, à côté et au-dessus du bien-être économique de notre pays, sa richesse spirituelle».⁽³⁾

Quelles que soient les différences subtiles de signification entre les expressions «langue officielle» et «langue nationale», c'est la première, ayant un sens plus juridique, qui nous intéresse dans ce mémoire. La langue officielle est la langue de ceux qui détiennent l'autorité politique, la langue dans laquelle s'exprime l'État, la langue dans laquelle il communique avec les citoyens, les autres langues, même si on les utilise pour des raisons pratiques, n'étant que des langues de traduction.

On peut aussi formuler de la langue officielle des définitions sentimentales et littéraires qui aident à en cerner le sens. C'est pourquoi, même si la situation en Inde est tout à fait différente de celle qui prévaut au Canada et dans le Québec, je crois intéressant de reproduire ici ce que disait Gandhi, le 20 octobre 1917, au sujet d'une langue nationale:

«Let us see what should be the requirements of a national language:
1. It should be easy to learn for Government officials.
2. It should be capable of serving as a medium of religious, economic and political intercourse throughout India.
3. It should be the speech of the majority of the inhabitants of India.
4. It should be easy to learn for the whole of the country.
5. In choosing this language considerations of temporary or passing interest should not count.»⁽⁴⁾

Pour aborder le problème d'une façon plus juridique, une langue est dite officielle lorsque, dans un texte constitutionnel protégé contre des changements faciles, son usage est solennellement reconnu pour des personnes ou pour un territoire, et surtout lorsque les règles de droit qui obligent la population doivent être énoncées, interprétées et plaidées dans cette langue.

C'est l'État qui donne un caractère officiel à une langue, et l'État parle par des lois. Cependant certaines lois ont un caractère spécial et privilégié. Elles forment la constitution; elles sont édictées dans des circonstances

(3) Cf. William E. Rappard, *La Constitution fédérale de la Suisse*, 1948, p. 363.

(4) Cité dans l'ouvrage de Ram Gopal, *Linguistic Affairs of India*, Asia Publishing House, London, 1966, p. 180.

spéciales et on ne peut les modifier ou les abroger sans avoir recours à une procédure rigoureuse. Cependant, il se peut qu'une longue coutume non contredite par des lois donne «*de facto*» à une langue un caractère quasi officiel. Nous verrons plus loin que ce fut peut-être le cas du français dans le Bas-Canada avant 1867. L'État, lorsqu'il décrète qu'une langue est officielle, veut surtout dire que cette langue sera l'instrument de communication entre lui et les citoyens. Ce qu'il édictera pourra être traduit dans d'autres langues mais le seul texte qu'on pourra interpréter sera celui dit «*officiel*», celui dans lequel le législateur se sera exprimé.

La meilleure façon d'illustrer cette explication est d'utiliser comme exemple le texte de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867 que plusieurs s'obstinent avec une légère malice mais avec raison à appeler *The British North America Act, 1867* et que nous désignerons dorénavant par «*A.A.N.B. de 1867*». C'est une loi britannique qui a été adoptée en anglais et dont les textes français n'ont aucune valeur juridique. Ce sont de simples traductions officieuses que chacun peut faire pour soi mais dont certaines, comme celles de M^r L.-P. Geoffrion, sont devenues quasi officielles.⁽⁵⁾ On en arrive même à une situation assez aberrante pour le Québec: les dispositions de l'*A.A.N.B. de 1867*, qui prévoient sa constitution formelle en même temps que celle d'Ontario, la partie V intitulée «*Constitutions provinciales*», n'existent officiellement qu'en anglais si elles n'ont pas été édictées de nouveau dans des lois du Québec. Tous les amendements qui depuis 1867 ont été ajoutés à l'*A.A.N.B.* primitif par le parlement anglais n'ont de valeur juridique qu'en anglais et il en est de même du *Statut de Westminster* de 1931. Les auteurs de la formule Fulton-Favreau l'ont bien compris, en 1964, lorsqu'ils ont placé à la demande du Québec, dit-on, dans le projet de loi, qui aurait été adopté par le parlement britannique, un article qui se lisait comme suit: «*The French version of this Act set forth in the Schedule shall form part of this Act*». Le parlement britannique aurait ainsi donné au texte français une valeur juridique et officielle.

Même si elle n'est pas toujours bien définie, l'expression «*langue officielle*» est d'usage courant dans les constitutions et dans les ouvrages de science politique.

Nous avons cité plus haut l'article 116 de la constitution suisse tel qu'il existe depuis 1928. Déjà l'article 109 de la constitution de 1848, répété à l'article 116 de la révision de 1874, se lisait comme suit:

«*Les trois principales langues parlées en Suisse, l'allemand, le français et l'italien, sont langues nationales de la Confédération.*»

(5) Cf. Jean-Charles Bonenfant, «*Une nouvelle traduction de notre constitution*», *Revue du Barreau*, IV, n° 1, Montréal, 1944.

Comme nous l'avons vu précédemment, l'article s'est transformé, en 1938, pour ajouter que le «*romanche*» était, comme l'allemand, le français et l'italien, «*langue nationale*», et on a précisé que c'était de la Confédération plutôt que de la Suisse. Le romanche n'était cependant pas déclaré langue officielle de la Confédération comme l'allemand, le français et l'italien.

On voit que l'épithète «*officielle*», plus précise, plus juridique que «*nationale*», n'est apparue qu'en 1938. Par ailleurs, il faut noter que les constitutions des cantons parlent aussi de la langue. À ce sujet, il est intéressant de citer l'article 17 de la constitution du canton de Berne qui se lit comme suit:

«La langue allemande et la langue française sont les langues nationales reconnues.

Toutes les lois, les décrets, les ordonnances et les arrêts d'un intérêt général doivent être publiés.

La publication a lieu dans les deux langues dans la partie française du canton. Le texte original est le texte allemand.

Les décisions, ordonnances, jugements et lettres des autorités supérieures qui concernent des personnes ou des corporations de la partie française du territoire seront rédigés en français.»

C'est un exemple intéressant de deux langues inégalement officielles, le texte allemand demeurant le texte original des lois.

Contrairement à ce qu'on pourrait croire, la constitution que la Belgique s'est donnée en 1831 ne proclame pas de langue officielle. L'article 23 se contente de dire:

«L'emploi des langues usitées en Belgique est facultatif; il ne peut être réglé que par la loi, et seulement pour les actes de l'autorité publique et pour les affaires judiciaires.»

Sans entrer dans les détails des longues luttes linguistiques qu'a connues la Belgique, rappelons que de nombreuses lois ont été édictées qui en définitive reconnaissent deux langues officielles généralement parallèles dans les textes, le français et le flamand.

En Finlande, l'article 14 de la constitution proclame que «*le finnois et le suédois sont les langues nationales de la République*». À toutes fins pratiques, les deux langues sont officielles par suite des précisions de deux autres alinéas de l'article qui se lisent comme suit:

«Le droit des citoyens finlandais d'employer devant les tribunaux et devant les autorités administratives, dans leurs propres affaires, leur langue maternelle, le finnois ou le suédois, et d'obtenir leurs expéditions en cette langue sera garanti par voie de législation, les droits

de la population de langue finnoise et de celle de langue suédoise devant être sauvegardés selon des principes identiques.»

«L'État subviendra aux besoins intellectuels et économiques de la population de langue finnoise et de celle de langue suédoise selon des principes identiques».

L'article 137 de la constitution de l'Afrique du Sud se lit comme suit en traduction française:

«L'anglais et le néerlandais sont les langues officielles de l'Union; ils seront sur un pied d'égalité et bénéficieront de la même liberté, des mêmes droits et privilèges; les archives, les procès-verbaux et les journaux du Parlement seront tenus dans les deux langues; de même les projets des lois, les lois et les communications importantes, et d'intérêt public, émanant du gouvernement de l'Union seront publiés dans les deux langues».

Ajoutons que l'article 137 est une disposition protégée et que, pour qu'elle puisse être modifiée, il est nécessaire, d'après l'article 152 de la constitution, que *«les deux chambres réunies y consentent avec l'accord d'au moins les deux tiers du nombre total des membres.»*

Il serait oiseux d'examiner les dispositions concernant les langues officielles dans d'autres constitutions de pays qui ont connu l'indépendance depuis la dernière guerre, mais je crois devoir signaler que le problème s'est particulièrement posé en Inde⁽⁶⁾ où la constitution proclame à l'article 343 que le hindi est la langue officielle de l'Union mais en ajoutant, à l'article 348, que l'anglais peut être aussi utilisé pour des fins officielles jusqu'en 1965. En 1963 une loi a prolongé jusqu'en 1975 cette utilisation.

On emploie donc fréquemment dans les textes l'expression *«langue officielle»*. Ce n'est à première vue que l'énoncé d'un principe d'où il découle cependant que l'État s'exprime dans cette langue pour tout ce qui dépend de lui. Il faut toutefois des mesures législatives pour concrétiser ce caractère de langue officielle. Par ailleurs, cette langue officielle sera toujours une langue nationale, c'est-à-dire celle d'un groupe important du pays. Il peut arriver cependant qu'une langue nationale ne soit pas officielle. Dans un pays fédératif, par exemple, elle sera reconnue pour un groupe d'habitants, mais elle ne sera pas une langue dans laquelle le pouvoir central est obligé de s'exprimer pour tout le pays.

Le système canadien

Est-ce qu'il existe une conception de *«langue officielle»* d'après le système constitutionnel canadien?

(6) Cf. Ram Gopal, *op. cit.*

À la lumière de ce que nous venons de voir, nous allons maintenant examiner si dans le système constitutionnel canadien il existe une conception de langue officielle. Je réponds provisoirement qu'il n'en existe certes pas au sens complet du mot comme il peut s'en trouver dans les pays dont j'ai parlé plus haut. C'est d'une façon bien relative et incomplète que le français aussi bien que l'anglais peuvent être dits officiels.

Pour bien comprendre le statut du français et de l'anglais au Canada et dans le Québec, il faut en faire rapidement la genèse historique.⁽⁷⁾ Rien dans la Capitulation de Montréal, en septembre 1760, ne concernait spécifiquement le statut du français dans la Nouvelle-France qui venait d'être conquise. Ce qu'on a appelé le *Régime militaire* de 1760 à 1763 était d'ailleurs une situation temporaire pendant laquelle le français continuait d'être *de facto* l'instrument nécessaire de communication entre le conquérant et les conquis. Très laconique, l'article 5 du *Traité de Paris* qui, en 1763, opéra juridiquement le changement d'allégeance du roi de France au roi de Grande-Bretagne, se contentait d'accorder aux habitants du Canada la liberté de la religion catholique, «le roi devant donner des ordres les plus précis et les plus effectifs pour que ses nouveaux sujets catholiques romains puissent professer le culte de leur religion selon le rite de l'Église romaine, en tant que le permettent les lois de la Grande-Bretagne». La *Proclamation royale* de 1763 tenta d'introduire le droit anglais dans la colonie et, même si elle ne parlait pas spécifiquement de la langue, elle aurait sans doute eu des conséquences néfastes sur l'usage du français si en 1774, l'*Acte de Québec* n'avait en quelque sorte jeté les bases de la dualité canadienne.

Cette loi ne parlait pas le français mais elle en assurait l'usage quasi officiel en permettant aux «sujets canadiens de Sa Majesté dans la province de Québec» de «conserver la possession et jouir de leurs propriétés et de leurs biens avec les coutumes et usages qui s'y rattachent de tous leurs autres droits civils». La langue originale de ce droit recevait ainsi indirectement une sorte de consécration à côté de l'anglais, la langue de la métropole et de ses colonies. Comme l'écrit M^e Sheppard, «*Although the Québec Act did not refer specifically to language rights, obviously French law could not be restored without implicitly recognizing the need for some French in judicial proceedings.*» Il ajoute avec raison que ce n'est pas «an official recognition of French».⁽⁸⁾

(7) Cette genèse a été particulièrement bien faite dans l'étude qu'a préparée M^e Claude-Armand Sheppard pour la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme sous le titre de *The Law of Languages in Canada*, 1971. À consulter aussi «Language Rights in the Canadian Constitution», par Herbert Marx in *La Revue juridique Thémis* de l'Université de Montréal, n° 2, 1967.

(8) Sheppard, *op. cit.*, p. 36.

C'est l'occasion de signaler qu'en vertu du droit international de l'époque, il aurait fallu pour que le français perde ses droits acquis une intervention précise du législateur. Comme l'a écrit Maréchal Nantel:

«Ainsi la théorie du droit international qui permettait aux habitants de la Nouvelle-France de garder intactes leurs lois et leurs coutumes, s'étendait avec non moins de force à leur langue».⁽⁹⁾

Un certain nombre d'incidents se déroulèrent alors au sujet de la langue, en particulier devant les tribunaux, mais la question de la langue officielle ne devait vraiment se poser que lors de la mise en vigueur de l'*Acte constitutionnel* de 1791. Il n'en était question qu'accidentellement dans le texte même de la loi britannique pour prévoir, par exemple, à l'article XXIX, que le serment d'un conseiller législatif ou d'un député pouvait être prêté en anglais ou en français.

L'Acte constitutionnel de 1791

Le problème des langues devait être soulevé sérieusement pour la première fois aux débuts du fonctionnement du régime parlementaire.⁽¹⁰⁾ Ce fut d'abord à l'occasion de l'élection de l'orateur. Les députés anglais proposèrent M. William Grant parce *«qu'une qualité essentielle de l'orateur était une parfaite connaissance des langues française et anglaise... que si dans la communication entre l'orateur et le représentant du roi un interprète était nécessaire, ce serait l'interprète qui serait l'organe de la chambre et non l'orateur»*. En réalité, le candidat de la majorité canadienne-française, M. Jean-Antoine Panet, ne parlait guère l'anglais. Il n'en fut pas moins élu.

Le problème de la langue devait toutefois se poser d'une façon plus essentielle lorsque l'Assemblée eut à décider, au début de 1793, dans quelle langue elle fonctionnerait, ce qui posait trois problèmes: celui de la langue de communication; celui de la langue des procédures et celui de la langue des textes de lois.

Dès le début, dans la communication, les deux langues se côtoyèrent avec des traductions. Un article du Règlement fut ensuite adopté qui disait:

«Aucune motion ne sera discutée ni mise aux voix, à moins d'être rédigée par écrit et appuyée; et lorsqu'une motion sera appuyée, l'ora-

(9) Maréchal Nantel, *«La langue française au Palais»*, (1945) 5 R. du B., p. 210.

(10) La documentation à ce sujet se trouve dans le *Journal de la chambre d'assemblée du Canada* pour la session de 1792-93, dans la *Gazette de Québec* de l'époque et dans *Constitutional Documents 1791-1818*. Thomas Chapais dans le volume II de son *Cours d'histoire du Canada* a très bien utilisé ces documents et, pour les besoins de ce mémoire, j'ai pu me contenter de cette source secondaire.

teur en donnera lecture en anglais et en français, s'il possède les deux langues; sinon il en donnera lecture dans celle des deux langues qui lui sera familière, et la lecture dans l'autre se fera à la table par le greffier ou son adjoint, avant toute discussion».

Par ailleurs le comité chargé de préparer le Règlement proposa

«Que cette chambre tiendra son journal en deux registres dans l'un desquels les procédés de la chambre et les motions seront écrits en langue française avec la traduction des motions originaires faites en langue anglaise, et dans l'autre seront entrés les procédés de la chambre et les motions en langue anglaise, avec la traduction des motions originaires faites en langue française».

La proposition faisait pratiquement du français et de l'anglais deux langues officielles. La minorité anglaise refusa de l'accepter et un long débat s'ensuivit.

Un premier amendement de la minorité anglaise proposa d'ajouter les mots suivants à la proposition principale:

«Mais quoique le journal soit ainsi tenu en anglais et en français, et tout bill qui peut être introduit ou lois qui peuvent être statuéés seront traduits d'une langue à l'autre, à tel point de leur progrès qui sera déterminé, cependant, afin de préserver cette unité de langue légale indispensablement nécessaire dans l'empire, et touchant tel changement en icelle une législature subordonnée n'est point compétente, l'anglais sera considéré le texte légal».

C'eût été donner à l'anglais seulement un caractère officiel. Finalement, après bien des discussions, la proposition suivante fut adoptée:

«Que les bills présentés seront mis dans les deux langues, que ceux en anglais seront mis en français, et ceux présentés en français seront mis en anglais par le greffier, avant de recevoir la première lecture, et lorsqu'ainsi mis, seront aussi lus chaque fois dans les deux langues; bien entendu que chaque membre a le droit d'apporter aucun bill dans sa propre langue; mais qu'après la traduction d'icelui le texte sera considéré être dans la langue de la loi à laquelle le dit bill aura rapport, conformément à la résolution de cette chambre».

C'était à toutes fins utiles décréter que le français et l'anglais étaient langues officielles. Le lieutenant-gouverneur Henry Dundas, qui avait surveillé attentivement les événements, ne manqua pas d'en faire part au gouvernement britannique, et dans sa dépêche du 3 juillet 1793, après avoir noté que pendant la session aucun bill n'avait été passé autrement que dans le texte anglais, il disait que si un bill originaire avait été envoyé de la chambre d'assemblée au conseil législatif dans la langue fran-

çaise, il avait lieu de croire que celui-ci aurait refusé son concours pour ce seul motif. Si le cas s'était produit, il aurait, quant à lui, disait-il, réservé le projet à la sanction de Sa Majesté.

«Il n'est peut-être pas hors de propos, concluait-il, de soumettre à votre considération l'opportunité de quelques instructions sur un point qui, probablement, pourra et devra, le cas échéant, si la loi est d'une nécessité immédiate⁽¹¹⁾, mettre dans un embarras considérable le gouverneur appelé à sanctionner un acte passé dans une langue étrangère.»

Le gouvernement britannique répondit dans une dépêche du 24 septembre 1793:

«Je suis d'avis qu'il importe que les lois de la province soient édictées dans la langue anglaise. Si les lois des provinces du Haut et du Bas-Canada étaient dans des langues différentes ce serait certainement irrégulier et plein d'inconvénients. Et ce serait encore pis si, à leur face même, quelques lois de la même province étaient dans une langue, et quelques-unes dans une autre. En même temps je ne vois aucune objection quelconque à une règle permanente comportant que tout bill de la nature plus haut mentionnée soit introduit dans l'assemblée avec une traduction française, pourvu qu'il soit passé en anglais, sur une motion faite et adoptée comme pour tous les autres bills.»

Chapais écrit⁽¹²⁾ que «de tout ceci il faut conclure que, sous le régime inauguré en 1791, la langue officielle fut légalement la langue anglaise». Ce fut aussi l'opinion des contemporains et Chapais cite, du *Canadien* du 30 décembre 1809, cet extrait:

«Ceux qui parlent d'obliger de parler une langue dans un pays ne savent pas ce qu'ils veulent dire, à moins qu'ils n'entendent qu'il faut exterminer tous ceux qui n'entendent pas et ne parlent pas cette langue. La langue anglaise est autant introduite dans le pays qu'il est possible qu'elle le soit. La langue de la législature est anglaise, parce que le texte de la loi est anglais, et que la langue dans laquelle s'exprime le représentant du Roi est anglaise».

Je serais peut-être un peu moins catégorique, car, pour priver un peuple de sa langue officielle, il aurait fallu une décision positive du conquérant. Il faudrait aussi prouver que les décisions de l'Assemblée, en 1793, étaient *ultra vires*. Enfin lorsqu'en 1840 on voudra faire du français une simple langue de traduction, on le dira expressément dans le texte d'une loi, comme nous le verrons plus loin, ce qui suppose que le français jouis-

(11) Ce qui aurait empêché la réserve.

(12) *Op. cit.*, p. 81.

sait d'un certain caractère officiel. D'ailleurs, il reste que «*de facto*» le français et l'anglais se côtoyèrent dans le domaine législatif avec une valeur pratique égale.

L'utilisation d'une langue devant les tribunaux lui donne aussi jusqu'à un certain point un caractère officiel. Or, de la Conquête à la Confédération, le français semble avoir joui aussi de possession d'État dans la procédure judiciaire. À ce sujet, il existe une intéressante décision rendue, en 1813, à Montréal.⁽¹³⁾ Sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans les détails des faits qui donnèrent lieu à la décision, disons qu'un certain Talon fut condamné à Montréal à déguerpir d'un terrain que la Cour avait déclaré appartenir à la Couronne. À une époque où le formalisme triomphait dans la procédure, l'avocat du défendeur demanda par voie d'exception préliminaire que l'action soit rejetée parce que le bref d'assignation avait été rédigé en français. À l'appui de sa demande, il soumit que l'ordonnance de 1785, décrétant que le bref de sommation doit être dans la langue du défendeur, avait été rappelée par la loi 41 Geo. III, c. 7 et que, la distinction des langues ayant été ainsi abolie, tous les brefs émis par la Cour devaient être en anglais, la langue du souverain.

La Cour n'accepta pas cette thèse et déclara:

«Sa Majesté s'est servie de la langue française dans ses communications à ses sujets dans cette province, aussi bien dans sa capacité exécutive que législative, et cette langue a été reconnue comme le moyen légal de communication de ses sujets canadiens. De tout temps, aussi bien avant que depuis l'Ordonnance de 1785, les cours de justice ont utilisé cette langue dans leurs brefs et dans leurs autres procédures.

C'est pour le bénéfice du sujet que ceci a été fait et le défendeur ne peut être admis à dire qu'il ne sera pas poursuivi dans la langue de son pays.»

Il faut cependant noter qu'en 1825 le juge Edward Bowen rendit une décision contraire à Kamouraska, ce qui lui valut du futur homme d'État et juriste A.-N. Morin une lettre restée célèbre.⁽¹⁴⁾

On peut donc conclure que, avant l'Union, l'anglais et le français, dans le Bas-Canada, n'étaient pas proclamés langues officielles, comme dans les constitutions modernes, mais que les deux langues se côtoyaient et étaient utilisées couramment dans le domaine législatif et judiciaire. La Conquête

(13) On trouvera les renseignements sur cette affaire dans l'article de Maréchal Nantel intitulé «*La langue française au Palais*» dans *La Revue du Barreau*, tome 5, mai 1945, pp. 201-216 et aussi dans «*Autour d'une décision judiciaire sur la langue française au Canada*» publié par le même auteur dans les *Cahiers des Dix*, tome 6, p. 145.

(14) *Lettre à l'honorable Edward Bowen*, écuyer, un des juges de la Cour du Banc du Roi de Sa Majesté pour le district de Québec, par un étudiant en droit (A.-N. Morin), Montréal, 1825, in-8, 16 pp.

n'avait pas nécessairement donné à l'anglais une priorité sur le français car le législateur impérial n'était pas intervenu dans ce domaine. C'est l'*Acte d'Union* qui, en 1840, allait légiférer spécifiquement au sujet du français.

Avant d'aborder l'Union, signalons que, dans les autres colonies qui devaient former plus tard le Canada, on peut affirmer que le français avait pratiquement disparu surtout par suite de l'introduction du droit anglais et par suite d'un état de fait se prolongeant pendant plusieurs années. Ce fut le cas de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick et de l'Île-du-Prince-Édouard. Dans le Haut-Canada, l'Ontario d'aujourd'hui, quelques lois tolérèrent accidentellement l'usage du français, mais, comme la première loi adoptée, en 1792, par la législature abrogeait la disposition de l'*Acte de Québec* qui conservait le droit français, la langue anglaise prit, en suivant le droit anglais, un caractère quasi officiel.

L'Union

La première intervention véritable du parlement britannique dans le domaine de la langue au Canada fut l'article 41 de l'*Acte d'Union*. Il convient de le reproduire en entier pour bien en mesurer la portée et les limites.

«Et qu'il soit statué, que depuis et après la Réunion des dites deux Provinces, tous Brefs, Proclamations. Instruments pour mander et convoquer le Conseil législatif et l'Assemblée Législative de la Province du Canada, et pour les proroger et les dissoudre, et tous les Brefs pour les élections et tous Brefs et Instruments publics quelconques ayant rapport au Conseil Législatif et à l'Assemblée Législative ou à aucun de ces corps, et tous Rapports à tels Brefs et Instruments, et tous journaux, entrées et procédés écrits ou imprimés, de toute nature, du Conseil Législatif et de l'Assemblée Législative, et d'aucun de ces corps respectivement, et tous procédés écrits ou imprimés et Rapports de Comités du dit Conseil Législatif et de la dite Assemblée Législative, respectivement, ne seront que dans la langue Anglaise: Pourvu toujours, que la présente disposition ne s'entendra pas empêcher que des copies traduites d'aucuns tels documents ne soient faites, mais aucune telle copie ne sera gardée parmi les Records du Conseil Législatif ou de l'Assemblée Législative, ni ne sera censée avoir en aucun cas l'authenticité d'un Record Original.»

L'usage du français n'était pas prohibé dans le Parlement, mais tous les documents n'auraient une valeur officielle qu'en anglais, et le français n'était prévu que comme une langue de traduction. Effectivement en 1841, la législature du Canada-Uni adopta une loi pour assurer la traduction

des lois en français.⁽¹⁵⁾ La proscription du français comme langue officielle était une mesure punitive à l'égard des Canadiens de langue française et elle était dans l'esprit du rapport Durham qui souhaitait leur anglicisation. Cependant cette première intervention législative du Parlement impérial dans le domaine de la langue me semble révélatrice pour quiconque veut apprécier le statut du français avant 1840 et après 1848. Si le législateur a cru nécessaire d'intervenir par une loi pour donner au français un rôle uniquement de traduction, c'est parce qu'il le croyait nécessaire. Il n'était donc pas sûr que le français avait perdu automatiquement par la Conquête et le Traité de Paris son caractère de langue quasi officielle, au côté de l'anglais.

Quoi qu'il en soit la mesure souleva de nombreuses protestations et, en 1845, les deux Chambres votèrent à l'unanimité une adresse à la Reine pour lui demander d'abroger l'article 41 de l'*Acte d'Union*. Le texte même de la requête était révélateur sur l'idée qu'avaient les contemporains au sujet de l'égalité des deux langues dans le passé. Un passage rappelait en effet que:

«Les prédécesseurs royaux de Votre Majesté placèrent sur le même pied les langues des deux grandes classes des sujets de Votre Majesté en cette province, les traitant tous à cet égard avec une égale justice et leur donnant le même avantage».⁽¹⁶⁾

La Reine, en réalité le gouvernement britannique, acquiesça à la requête et, en 1848, le Parlement britannique adopta une loi qui abrogeait l'article 41 de l'*Acte d'Union*.⁽¹⁷⁾ À l'ouverture de la session de 1849, pour marquer davantage l'égalité des deux langues le gouverneur lord Elgin prononça le discours du Trône en anglais et en français.

On peut donc affirmer qu'à la veille de la naissance de la Confédération le français et l'anglais sans être des langues proclamées comme officielles étaient pratiquement sur le même pied non seulement dans les faits mais aussi par ce que j'appellerais l'intervention négative du législateur. Il faut en effet regarder l'abrogation de l'article 41 de l'*Acte d'Union* non seulement comme un geste symbolique mais comme l'annulation de la seule intervention législative véritable dans le domaine de la langue. En réalité l'article 133 ne fera que reconnaître formellement une dualité qui sous l'Union s'était réalisée dans les faits et avait laissé subsister le français comme il existait pendant la période française de notre histoire.

(15) (1841) 4-5 Vict., c. 11. *An Act to Provide for the Translation into the French Language of the Laws of this Province and for other Purposes Connected therewith.*

(16) *Journaux de l'Assemblée législative, 1845.*

(17) 11-12 Vict., c. 56.

Naissance de la Confédération

Dès la conférence de Québec en octobre 1864, la quarante-sixième proposition prévoyait le statut de l'anglais et du français dans le pays qui allait naître. Elle se lisait comme suit:

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

La proposition était vraiment incomplète et elle ne faisait évidemment ni de l'anglais ni du français des langues officielles. Elle fit l'objet de discussions au cours des débats de l'hiver 1865 à la législature du Canada-Uni sur les résolutions de Québec. C'est alors que le grand artisan de la Confédération, celui qui était vraiment l'inspirateur des textes, John A. Macdonald, formula la déclaration suivante:

«Je puis dire que la signification de l'une des résolutions adoptées par la conférence de Québec est ceci: — que les droits des membres Canadiens-Français de la législature fédérale, relativement à l'usage de leur langue, seront précisément les mêmes que ceux qu'ils possèdent aujourd'hui, dans la législature actuelle du Canada, sous tous les rapports possibles. J'ai de plus la satisfaction de dire que du moment que ce sujet a été mentionné dans la conférence, les délégués des provinces d'en-bas ont unanimement déclaré que c'était raisonnable et juste, et qu'ils ont donné leur adhésion, sans une seule voix dissidente, à la justesse de la proposition que la position de la langue française relativement aux délibérations du parlement, à l'impression des mesures et à tout ce qui s'y rattache, soit précisément la même que celle qu'elle occupe dans cette législature.»⁽¹⁸⁾

Le principal adversaire de la Confédération, Antoine-Aimé Dorion, ayant exprimé la crainte que la proposition ne comportât aucune garantie et que l'usage du français serait soumis au bon vouloir de la majorité, Macdonald répondit que la disposition serait garantie par la loi impériale.⁽¹⁹⁾

Il faut toutefois noter que George-Étienne Cartier, pour rassurer la minorité anglo-saxonne du Bas-Canada, ajouta alors les paroles suivantes qui évidemment révèlent que pour lui les dispositions québécoises du futur article 133 seraient intangibles:

«J'ajouterai à ce que vient de dire l'hon. procureur-général du Haut-Canada, [...], qu'il fallait aussi protéger la minorité anglaise

(18) *Débats parlementaires sur la question de la Confédération, Québec, 1865, p. 942.*

(19) *Idem*, p. 943.

du Bas-Canada, relativement à l'usage de sa langue, parce que dans le parlement local du Bas-Canada la majorité sera composée de Canadiens-Français. Les membres de la conférence ont voulu que cette majorité ne pût pas décréter l'abolition de l'usage de la langue anglaise dans la législature locale du Bas-Canada, pas plus que la majorité anglaise de la législature fédérale ne pourra le faire pour la langue française. J'ajouterai aussi que l'usage des deux langues sera garanti dans l'acte impérial basé sur ces résolutions.»⁽²⁰⁾

Quoi qu'il en soit, ce qui compte c'est le texte même de l'article 133, tel qu'il a été adopté par le Parlement impérial, quelles qu'aient été les intentions du législateur. Il se lit comme suit:

«Dans les Chambres du Parlement du Canada et de la législature du Québec, chacun pourra, dans les débats, faire usage de la langue anglaise ou de la langue française; mais les registres et les procès-verbaux des Chambres susdites devront être tenus dans ces deux langues. Dans tout procès porté devant un tribunal du Canada établi en vertu de la présente loi ou devant un tribunal du Québec, chacun pourra faire usage de l'une ou de l'autre de ces langues dans les procédures et les plaidoyers qui y seront faits ou dans les actes de procédure qui en émaneront.

Les lois du Parlement du Canada et de la législature du Québec devront être imprimées et publiées dans l'une et l'autre de ces langues.»

Dans une première partie, il fait du français et de l'anglais des langues officielles mais uniquement dans les structures législatives et judiciaires fédérales. Dans une seconde partie, il fait aussi du français et de l'anglais des langues officielles dans les structures législatives et judiciaires du Québec. Évidemment cela est très incomplet.

Depuis 1867, quelques modifications ont pu être apportées qui cependant n'ont pas changé fondamentalement la situation. Au niveau fédéral, le Parlement a adopté en 1969 la loi concernant le statut des langues officielles du Canada.⁽²¹⁾ L'article 2 se lit comme suit:

«L'anglais et le français sont les langues officielles du Canada pour tout ce qui relève du Parlement et du gouvernement du Canada; elles ont un statut, des droits et des privilèges égaux quant à leur emploi dans toutes les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada.»

(20) *Débats parlementaires sur la question de la Confédération*, Québec, 1865, p. 943.

(21) *Loi concernant le statut des langues officielles du Canada*, chap. o-2. Statuts révisés du Canada 1970.

Les articles suivants concrétisent le caractère officiel des deux langues.

Malgré l'article 133 et malgré la *Loi concernant le statut des langues officielles du Canada*, on peut affirmer qu'il n'y a pas véritablement de langue officielle au Canada au sens complet du mot. C'est d'ailleurs ce que souligne le rapport du Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la constitution du Canada⁽²²⁾ lorsqu'il affirme que «l'article 133 accorde les mêmes droits au français et à l'anglais en certaines circonstances, mais n'établit pas de langues officielles».

Aussi le comité a-t-il recommandé que «la constitution devrait stipuler que l'anglais et le français soient les deux langues officielles du Canada».

C'est ce que tentait de faire la *Charte de Victoria*, en 1971, qui, si elle avait été adoptée, aurait, à mon sens, fait du français et de l'anglais deux langues vraiment officielles. Voici rapidement un résumé de ses dispositions.

Un premier article proclamait que le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada, et les articles suivants décrétaient comment cette égalité théorique devait se réaliser dans le concret. Elle se serait traduite d'abord par le fait que toute personne aurait eu le droit de participer en français ou en anglais aux débats du Parlement du Canada et des législatures des provinces suivantes: Québec, Nouvelle-Écosse, Nouveau-Brunswick, Manitoba, Île-du-Prince-Édouard et Terre-Neuve. Les lois et les registres et journaux du Parlement du Canada auraient été publiés en français et en anglais et les deux textes auraient fait autorité. Les lois de chacune des provinces auraient été imprimées et publiées en français et en anglais et, si le Gouvernement d'une province n'avait imprimé et publié les lois de cette Province que dans l'une des deux langues, le Gouvernement fédéral les aurait imprimées et publiées dans l'autre. Cependant, ce n'aurait été que dans le cas du Québec, du Nouveau-Brunswick et de Terre-Neuve que les deux textes auraient fait autorité.

Ces dispositions élargissaient considérablement celles de l'article 133 de l'*A.A.N.B.* qui ne permet l'usage du français ou de l'anglais et qui n'établit la dualité officielle de publication que dans le cas du Parlement fédéral et de la Législature du Québec. Elles permettaient par ailleurs, comme le décrète déjà l'article 133 de l'*A.A.N.B.*, devant la Cour suprême et devant les autres cours établies par le Parlement fédéral et devant toute cour du Québec, d'utiliser le français. Au Québec, on ajoutait le Nouveau-Brunswick et Terre-Neuve. Devant ces tribunaux,

(22) *Constitution du Canada*, Rapport final, Quatrième session de la Vingt-huitième Législature 1972, pp. 22-23.

on aurait pu exiger que le jugement soit rédigé en anglais ou en français. Rappelons que déjà dans le cas de la Cour suprême et de la Cour fédérale, les jugements sont publiés dans les deux langues depuis 1970 en vertu de la *Loi des langues officielles de 1969*.

C'est souvent au niveau des organismes administratifs que se posent les problèmes de langue. Aussi comprend-on que l'article 15 de la Charte répète d'abord ce qu'a décrété la *Loi des langues officielles*, savoir que «*tout particulier a le droit de choisir l'une ou l'autre des langues officielles comme langue de communication lorsqu'il traite avec le siège principal ou central des ministères ou organismes du Gouvernement du Canada*». La même règle se serait appliquée dans le cas des gouvernements du Québec, de l'Ontario, du Nouveau-Brunswick, de l'Île-du-Prince-Édouard et de Terre-Neuve. Enfin, à l'article 17, on s'est souvenu des fameux districts bilingues pour édicter que toute personne a le droit de choisir l'une ou l'autre des langues officielles comme langue de communication en traitant avec les bureaux principaux des ministères et des organismes du gouvernement du Canada lorsque ces bureaux sont situés dans une région où la langue officielle de son choix est la langue maternelle d'une partie importante de la population.

Enfin, signalons deux articles qui auraient permis aux provinces de rendre plus généreuses les dispositions linguistiques de la Charte. C'est l'article 16 qui dit que, par une simple résolution, l'Assemblée législative d'une province peut imiter la dualité du Québec, du Nouveau-Brunswick et de Terre-Neuve, pour ce qui est des lois et des tribunaux, et en outre, de l'Ontario et de l'Île-du-Prince-Édouard, pour ce qui est des communications avec le gouvernement. Quant à l'article 18, il rappelait que le Parlement du Canada et les Législatures des Provinces peuvent toujours dans le cadre de leur compétence législative étendre le droit de s'exprimer en français et en anglais.

Au Québec

Avant les lois de ces dernières années, la législature du Québec n'est intervenue qu'à deux reprises dans le domaine de la langue.

C'est en 1910 que M. Armand Lavergne, qui était député de Montmagny, proposa d'ajouter au *Code civil* deux articles, les articles 1682c et 1682d, en vertu desquels les compagnies de chemin de fer, de navigation, de télégraphe, de téléphone, de transport et de messagerie ou d'énergie électrique devaient dans leurs services employer le français et l'anglais.⁽²³⁾ L'Assemblée législative vota la loi à l'unanimité, mais

(23) *Lois du Québec*, 1910, c. 40.

la *Gazette* de Montréal s'y opposa et demanda aux cinq conseillers législatifs anglo-saxons de s'y opposer. En lisant, aujourd'hui, le récit des événements⁽²⁴⁾, on constate avec surprise que si la Chambre haute adopta la loi Lavergne sans vote, sa commission de législation ne l'approuva toutefois que par un vote de 13 contre 9. Plusieurs capitalistes anglo-saxons du Québec se scandalisèrent d'une loi qui pourtant ne faisait qu'exiger du français dans le Québec: ils parlèrent de la contester devant les tribunaux, mais les articles demeurèrent dans le *Code* où on peut encore les lire dans une rédaction dont l'élégance française est douteuse.

Mais jusqu'ici la plus forte tentative, sans lendemain d'ailleurs, de donner par une loi priorité au français a été celle du printemps de 1937. Encore dans l'euphorie nationaliste des élections de 1936, le gouvernement de l'Union nationale fit adopter le chapitre 13 des *Statuts du Québec*, 1, George VI. Cette loi décrétait que, lorsqu'il y avait une différence entre le texte français et le texte anglais d'un statut, le texte français devait prévaloir. On édictait la même règle pour le *Code civil*, le *Code de procédure civile*, le *Code municipal*, les *Statuts refondus*, les proclamations et les arrêtés ministériels. La loi fut sanctionnée le 20 mai 1937 et elle souleva des protestations surtout dans les milieux juridiques anglo-saxons de Montréal.

L'année suivante, le premier ministre de l'époque, M. Duplessis, fit adopter une nouvelle loi qui abrogeait la loi donnant priorité au français. Le préambule essayait de faire digérer le recul. Il rappelait que l'application de la loi 1, Geo. VI, chapitre 13, pouvait provoquer «des froissements et des problèmes de solution difficile qu'il convenait d'éviter» et, il ajoutait «que le gouvernement actuel a nommé un comité de juristes pour réviser les lois de la province et que le choix des membres de ce comité lui a valu des éloges unanimes de la presse sans distinction de races et de partis». Pour toutes ces raisons, on voulait avant de prendre une décision définitive attendre le rapport des codificateurs et surseoir à la mesure.

La loi disparut des *Statuts* et elle n'y est jamais revenue. Elle semblait à l'époque une violation de l'esprit et même de la lettre de l'article 133 de l'*A.A.N.B.* qui décrète que «les lois du Parlement du Canada et de la législature du Québec devront être imprimées et publiées dans l'une et l'autre de ces langues». Il semble aujourd'hui, comme nous le verrons plus loin, que la législature avait le droit d'adopter une telle mesure parce qu'elle ne faisait qu'amender la constitution du Québec.

Les lois du Québec sont donc également officielles en anglais et en français. Une foule de textes, le reconnaissent. Cette dualité officielle

(24) Robert Rumilly, *Histoire de la province de Québec*, vol. 15.

s'est même affirmée, en 1857, avec l'*Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*.⁽²⁵⁾ L'article 15 de la loi disait que «les dits codes et les rapports des commissaires seront faits et rédigés dans les langues française et anglaise». Par ailleurs, il est intéressant de constater, dans l'*Acte concernant les Statuts refondus pour le Bas-Canada*,⁽²⁶⁾ que le français et l'anglais sont sur le même pied.

«Si les versions française et anglaise des dits statuts ne sont pas d'accord sur un point quelconque, la version qui sera la plus compatible avec les actes refondus dans les dits statuts prévaudra.»

Cet article est passé, un peu transformé, jusqu'à nous. On le retrouve, en effet, dans la *Loi de la refonte 1964*:⁽²⁷⁾

«Au cas de divergence entre les versions française et anglaise des statuts refondus sur un point quelconque, le texte le plus compatible avec les lois refondues prévaudra.»

L'article 2615 du *Code civil* édicte une règle à peu près analogue et il en est de même de l'article 3 du *Code de procédure* de 1965.

En plus de la tentative de 1937 de donner prépondérance au français, il est arrivé au législateur de décréter cette prépondérance dans des cas spéciaux. Signalons à ce propos l'article 51 de la *Loi des optométristes*⁽²⁸⁾ qui se lit comme suit:

«S'il se rencontre dans la présente loi une différence entre les textes français et anglais, le texte français prévaut.»

Pour ceux qui ne croient pas que la législature provinciale puisse modifier l'article 133, cette disposition semble *ultra vires*. Même si on croit cette modification possible, il aurait été plus prudent, je crois, de dire que c'était «nonobstant l'article 133» de l'*A.A.N.B.*

Le bilinguisme exigé au Québec se limite strictement à la législature et aux tribunaux mais il ne s'étend pas juridiquement à la législation déléguée même si celle-ci l'a considérablement pratiqué. Les arrêtés en conseil sont adoptés en une seule langue, généralement le français, mais, traduits, ils sont souvent publiés dans les deux langues, dans la *Gazette officielle*, et leurs deux versions ont alors une valeur officielle.

(25) 20 Vict., c. 43.

(26) *Statuts refondus pour le Bas-Canada*, 1861, C.I.A. 14.

(27) *Statuts refondus du Québec*, 1964, 13-14 Eliz. II, chapitre 9.

(28) *Statuts refondus du Québec*, c. 251.

La législation déléguée par excellence est celle des organismes municipaux. Théoriquement, en vertu de l'article 130 du *Code municipal*, et en vertu de l'article 362 de la *Loi des cités et villes*, les avis doivent être publiés en anglais et en français. L'article 138 du *Code municipal* permet au ministre des Affaires municipales de décréter que la publication ne se fera que dans une seule langue, mais un article analogue n'existe pas dans la *Loi des cités et villes*. Dans la réalité, plusieurs municipalités régies par cette loi se contentent d'utiliser le français mais M^r Armand Sheppard écrit, avec raison, je crois, que «*Many Québec Municipalities do not meet the legal requirement that their by-laws be bilingual*». ⁽²⁹⁾

Mais il y a aussi, en dehors du droit, les faits et il serait intéressant d'examiner méthodiquement comment l'anglais, langue officielle, a reculé dans le Québec pour se limiter souvent aux strictes exigences de l'article 133. ⁽³⁰⁾

Le bilinguisme n'y est plus perçu comme à Ottawa. C'est ainsi qu'une foule de documents ne sont plus traduits en anglais ou le sont après de longs délais. Le *Journal des Débats* donne les discours dans la langue où ils ont été prononcés, et les discours anglais se font de plus en plus rares. La langue d'origine des lois est toujours le français et l'anglais législatif, tout en étant officiel, n'est qu'une langue de traduction avec toutes les faiblesses et les infidélités que cela comporte. On ne se scandalise plus que la traduction anglaise d'un document soit en retard. Je me permets à ce sujet de signaler la publication en français seulement au printemps de 1972 de deux importants documents dont les traductions anglaises ne sont pas prêtes au moment où j'écris ces lignes: le *Rapport de la Commission permanente de la réforme des districts électoraux* et le nouveau *Règlement de l'Assemblée nationale du Québec*. L'Assemblée nationale siège actuellement avec un Règlement qui n'existe qu'en français.

On peut même se demander s'il n'est pas possible de transformer silencieusement le français en seule langue officielle pratique du Québec en ne faisant des traductions en anglais que lorsque cela est vraiment nécessaire. Ce serait efficace mais le procédé manquerait évidemment de panache et ne pourrait satisfaire l'émotivité collective.

De ce bref rappel historique, on peut conclure que jamais, au Canada et dans le Québec, une langue n'a été proclamée officielle dans le sens

(29) *Op. cit.*, p. 233.

(30) Cf. à ce sujet *Essais sur la fonction publique québécoise* par Gérard Lapointe. Documents de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme n° 12, Ottawa, 1971.

complet du mot, c'est-à-dire, dans un texte constitutionnel s'appliquant à tous et reconnu comme intangible. Cependant l'article 133 de l'*A.A.N.B.* donne à l'anglais et au français un statut qui possède plusieurs caractères de celui d'une langue officielle. En effet, les procédures du parlement canadien sont officiellement rapportées dans l'une et l'autre des langues, et surtout les lois édictées par le parlement fédéral ont une valeur juridique en français comme en anglais même si, dans la réalité, elles sont presque toujours rédigées en anglais et traduites en français. Par ailleurs, la Cour suprême et la Cour fédérale, en vertu de l'article 133, peuvent s'exprimer officiellement en anglais ou en français. *La Loi des langues officielles de 1969* a augmenté jusqu'à un certain point le caractère officiel des deux langues mais elle n'est qu'une simple loi qui n'a pas le prestige et l'intangibilité de l'article d'une constitution et elle ne s'applique qu'au niveau des compétences fédérales.

Dans le territoire qu'occupe le Québec, on peut affirmer que juridiquement le français a gardé un caractère officiel qu'il possédait pendant la période française de notre histoire mais il faut rappeler que ce caractère «*d'officiel*» n'était pas rationalisé et énoncé solennellement comme dans des constitutions modernes. On ne sentait pas le besoin d'affirmer que le français était «*officiel*», pas plus qu'on n'en a senti le besoin dans les diverses constitutions de la France. C'était un état de fait que le changement de régime, en 1763, n'a pas fait disparaître parce qu'aucune loi n'a été adoptée à cet effet. On peut toutefois affirmer que pendant huit ans, de 1840 à 1848, le français n'a pas été une langue officielle à cause de l'article 41 de l'*Acte d'Union*.

Pour concrétiser cette affirmation, voici quelles en seraient les circonstances juridiques. Si j'avais à interpréter le texte d'une loi du Canada Uni, entre 1841 et 1848, je n'utiliserais que le texte anglais alors qu'après 1848 je pourrais utiliser légalement le texte français et le texte anglais.

Cependant, depuis 1867, nous avons un texte formel qui, quelle qu'ait été 1763, l'anglais s'est trouvé introduit comme langue parallèle au français et on peut affirmer qu'avant le 1^{er} juillet 1867 il y avait dans le territoire du Québec deux langues quasi officielles. J'utilise cette expression de «*quasi officielles*» à cause des limitations que comportait tout de même de part et d'autre l'utilisation de l'anglais et du français pour des fins officielles et surtout à cause de l'absence d'une proclamation solennelle de ce caractère officiel.

Cependant, depuis 1867, nous avons un texte formel qui, quelle qu'ait été la situation auparavant, est venu établir les règles auxquelles nous sommes aujourd'hui soumis.

II — Les options et leurs implications constitutionnelles

1. Avant de répondre avec le plus de précision possible aux diverses questions posées dans cette division, je pense qu'il faut étudier globalement le problème de la juridiction de la législature du Québec sur l'article 133 de l'*A.A.N.B.* Jusqu'ici, on a cru que cet article était intangible et que seul le parlement britannique pouvait l'abroger ou le modifier. Il se peut que ce ne soit pas aussi vrai qu'on l'a cru.

Il importe d'abord de distinguer dans l'article 133 deux sortes de dispositions: celles qui concernent le pouvoir fédéral et celles qui concernent le Québec. Les premières, en vertu du paragraphe 1, ajouté en 1949, à l'article 91 de l'*A.A.N.B. de 1867*, ne peuvent être modifiées que par le parlement britannique; les secondes, à mon sens, pourraient être modifiées par la législature du Québec en vertu du paragraphe 1 de l'article 92.

Rappelons que ce paragraphe donne comme une des compétences exclusives de la législature provinciale:

«La modification (chaque fois qu'il y aura lieu et nonobstant toutes dispositions du présent article) de la constitution de la province, sauf en ce qui concerne la fonction de lieutenant-gouverneur».

Avant d'établir le fondement juridique de cette interprétation, je tiens honnêtement à répéter que jusqu'à ces derniers temps les juristes les plus distingués ont donné une interprétation contraire et qu'ils seront pour la plupart portés à continuer à le faire. Les juristes sont naturellement conservateurs et ils sont portés à accepter l'intangibilité constitutionnelle. Le meilleur spécialiste canadien du problème des amendements, M^e Paul Gérin-Lajoie, dans sa thèse, publiée en 1950,⁽³¹⁾ soulignait que, si les provinces pouvaient amender leur constitution, c'était, outre l'exception concernant la fonction de lieutenant-gouverneur, *«subject to certain specific checks and restrictions»*.⁽³²⁾ Par ailleurs, il est intéressant de noter que M^e Gérin-Lajoie incluait aussi dans ces *«checks and restrictions»* les dispositions de l'article 80 concernant les circonscriptions électorales privilégiées du Québec. 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.⁽³³⁾

Dans un intéressant article publié en 1967 et intitulé *Language Rights in the Canadian Constitution*,⁽³⁴⁾ le professeur Herbert Marx a affirmé:

(31) Paul Gérin-Lajoie, *Constitutional Amendment in Canada*, Toronto, University of Toronto, p. 41.

(32) Dans la note 3, il donnait comme un des exemples de ces *«specific checks and restrictions»* *«The use of the English language in Québec (section 133)»*.

(33) *Lois du Québec 1970*, c. 7.

(34) *La Revue juridique Thémis* de l'Université de Montréal, pp. 239-286.

«It would seem that unilateral Provincial legislation affecting the guarantee in s. 133 would be ultra vires for at least two major reasons. Firstly, because s.133 is fundamental law which cannot be unilaterally altered by a Provincial Legislature, and secondly, because it would trench on Criminal Procedure which is under exclusive Federal jurisdiction by s.91, head 27 of the B.N.A. Act.»

Par ailleurs dans l'opinion que les professeurs Henri Brun et J.-K. Samson ont donnée à la Commission sur *«Les droits du Québec en matière de langue de travail»* et dont j'ai pris connaissance, ils ont affirmé, et je partage leur opinion, que de la confrontation qu'ils avaient faite des articles 92(1) et 133 de l'*A.A.N.B. de 1867*, ils pouvaient conclure *«que le Québec peut supprimer la faculté d'usage des deux langues devant l'Assemblée nationale et décréter que le français y sera la seule langue de travail»*. D'autres conclusions suivaient qui dans la pratique permettraient par de simples lois provinciales de faire du français la seule langue officielle du Québec.

Je crois utile d'exprimer mes propres arguments même si dans certains cas ils recoupent ceux des professeurs Brun et Samson.

On doit d'abord se demander ce qu'est la constitution du Québec ou plus précisément *«The Constitution of the Province»* à laquelle se réfère le paragraphe 1 de l'article 92. Lorsqu'on emploie le mot *«constitution»*, il faut distinguer entre son sens matériel et son sens formel. Au sens matériel, c'est l'ensemble des dispositions qui prévoient l'organisation et le fonctionnement de l'État provincial quel que soit l'endroit où l'on trouve ces dispositions. Par ailleurs, au sens formel, ce sont des dispositions précises adoptées par le législateur. La constitution au sens matériel comprend toujours la constitution au sens formel mais à celle-ci on doit ajouter bien d'autres sources, comme les conventions constitutionnelles et l'interprétation judiciaire. C'est ainsi que rien dans les textes ne prévoit que le gouvernement du Québec se soumet au principe de la responsabilité ministérielle mais cela fait quand même partie de sa constitution matérielle. Aussi la législature du Québec aurait-elle le droit de légiférer pour régler et même faire disparaître la responsabilité ministérielle dans l'hypothèse par exemple de l'adoption d'un régime politique de type américain.

Il me semble que lorsque le législateur a employé le mot constitution dans le paragraphe 1 de l'article 92 il l'a pris dans le sens le plus large. C'est d'ailleurs ce sens le plus large que le législateur a donné, en 1949, au même mot au paragraphe 1 de l'article 91. C'est dire que la constitution visée au paragraphe 1 de l'article 92 n'est pas seulement celle dont les dispositions sont énoncées dans la partie V intitulée *«La constitution des provinces»* et allant de l'article 58 à l'article 90. Font partie de cette cons-

titution d'autres articles comme l'article 128 et, dans le cas qui nous intéresse, l'article 133.

Je me permets d'ouvrir une brève parenthèse au sujet de l'article 128 car à mon sens il pose des problèmes analogues à ceux de l'article 133. Cet article vise lui aussi en même temps le pouvoir fédéral et le pouvoir des provinces. Il édicte en effet qu'un membre du Sénat ou de la Chambre des communes ainsi qu'un membre d'une Assemblée législative doit prêter, avant de prendre son siège, un serment qui est prévu dans une des annexes de l'*A.A.N.B. de 1867*. Depuis 1949, le parlement du Canada peut modifier l'article 128 par une simple loi car il est maître de la constitution du Canada, sauf quelques exceptions prévues au 1^{er} paragraphe de l'article 91 qui ne comprennent pas la substance de 128. Il y a deux ans, un certain nombre de députés à l'Assemblée nationale, ayant momentanément refusé de prêter le serment d'allégeance, on s'est demandé si la législature du Québec pouvait abolir ce serment.

Devant la Commission de l'Assemblée nationale, deux juristes, M^e Jacques-Yvan Morin et M^e Louis Bernard, ont prétendu que oui. M^e Bernard a rappelé en particulier que la Colombie britannique avait modifié les exigences de l'article 128 en permettant à certaines personnes de faire une déclaration solennelle à la place du serment.⁽³⁵⁾

Dans le cas du serment, comme dans le cas de la partie québécoise de l'article 133, on voit qu'il s'agit de savoir ce qu'est la «*constitution*» dont parle le paragraphe 1 de l'article 92. A ce propos deux arrêts de la jurisprudence canadienne peuvent nous intéresser.

En 1896, dans l'arrêt *Fielding and Thomas*⁽³⁶⁾ le comité judiciaire du Conseil privé a décidé que la législature de la Nouvelle-Écosse pouvait modifier la constitution de la province, constitution qui dans ce cas était antérieure à 1867. Il s'agissait d'une loi assurant l'indépendance de la Législature. «*It surely cannot be contended*, déclara le Conseil privé, *that the independance of the provincial legislature from outside interference, its protection, and the protection of its members from insult while in the discharge of their duties, are not matters which may be classed as part of the constitution of the province, or that legislation on such matters would not be aptly and properly described as part of the constitutional law of the province.*»

(35) On trouve les témoignages de Me Morin et de Me Bernard dans *Journal des Débats*, Commission permanente de l'Assemblée nationale, 9 septembre 1970, n° 26. L'opinion de M^e Morin a aussi été publiée dans *Le Devoir* du vendredi 19 juin 1970.

(36) *Appeal Cases* 1896, p. 600.

Il existe toutefois un autre arrêt qui donne un sens plus restreint à l'expression «*constitution de la province*» dans le paragraphe 1 de l'article 92 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. C'est celui de *Rex ex rei Brooks v. Ulmer*, rendu en 1923 par la Cour d'appel d'Alberta.⁽³⁷⁾ «*In sec. 92, subsec. 1, a dit le juge Stuart, the word «constitution» must have a rather restricted sense*». Mais lorsqu'on lit attentivement les lignes qui suivent on s'aperçoit que ce à quoi le juge s'opposait, c'était à une interprétation qui aurait permis «*An amendment which fixes or alters the line of demarcation between the field of provincial and that of federal legislative jurisdiction*». Et le juge d'ajouter avec raison qu'un tel amendement «*cannot possibly be treated as part merely of the «constitution» of a province*». Et le juge continuait en disant: «*Obviously sec. 92, subsec. 1, was never intended to give provincial Legislature power to alter the line of demarcation as laid down in secs 91, 92 and 93. The fixing of that line was undoubtedly part of the constitution of Canada not the part of the constitution of a province by itself.*» Dans le cas du serment de l'article 128 et dans le cas de la partie québécoise de l'article 133, il ne s'agit pas de partage de pouvoirs, et même une interprétation restrictive n'empêche pas de les faire entrer dans la constitution d'une province que la législature de celle-ci peut modifier.

Reste toutefois en faveur de la théorie voulant que la législature de Québec n'ait pas le droit de toucher à la partie québécoise de 133 un argument important. C'est le texte de l'amendement qui en 1969 introduit dans l'article 91 le paragraphe 1. L'amendement permettait au parlement du Canada de modifier la constitution du Canada sauf en certains domaines dont «*en ce qui regarde l'emploi de l'anglais ou du français*», «*as regards the use of the English or the French language*». On en déduit que pour modifier l'emploi de l'anglais ou du français il faut avoir recours au parlement de Londres. C'est à mon sens une mauvaise interprétation. Les exceptions prévues dans le paragraphe 1 ne tombent pas nécessairement sous la juridiction du parlement de Londres. Il en est qui sont exclues de la juridiction fédérale parce qu'elles tombent sous la juridiction des provinces comme par exemple «*les matières rentrant dans les catégories de sujet que la présente loi attribue exclusivement aux législatures des provinces*».

En d'autres termes, si avant 1949, la législature du Québec avait le droit de légiférer sur la partie québécoise de l'article 133, elle le peut encore, après 1949, parce qu'elle ne fait que modifier sa propre constitution, un sujet que l'*A.A.N.B.* attribue exclusivement à sa législature.

(37) *Alberta Law Reports*, vol. 19, 1922-23, p. 12.

Il y a toutefois, à l'encontre de cette thèse, un argument assez sérieux du professeur Marx. Il souligne qu'avant 1867 le Bas-Canada avait deux langues officielles, le français et l'anglais, et que, si l'article 133 n'avait pas parlé du Québec, cette situation aurait continué. «*Consequently, ajoute-t-il, the reference to Québec in s. 133 must sensibly have been meant to entrench language rights, or else this reference is otiose.*»⁽³⁸⁾ Je ne crois pas que c'eût été aussi oiseux qu'il le prétend. Il était nécessaire de répéter que les deux langues étaient officielles dans le Québec parce que juridiquement c'était une nouvelle entité politique qui naissait sans hériter nécessairement des caractères du Bas-Canada. On voulait que l'anglais soit officiel; on a peut-être voulu qu'il soit «*intouchable*» comme le français mais dans un texte de loi ce qui compte, ce n'est pas ce qu'on a voulu lui faire dire, mais c'est ce qu'il dit. Or, je répète que la partie québécoise de 133 appartient à la constitution du Québec que la Législature de la province peut modifier nonobstant toute autre disposition dans l'*A.A.N.B.*

Il y a cependant un domaine où la législature du Québec n'a pas juridiction dans la partie provinciale de l'article 133: c'est en ce qu'il a trait au droit criminel. En effet, même si, en vertu du paragraphe 14 de l'article 92, la législature d'une province a juridiction sur «*l'administration de la justice dans la province, y compris la constitution, le coût et l'organisation des tribunaux provinciaux de juridiction tant civile que criminelle*», cela ne lui donne pas juridiction sur la procédure criminelle qui en vertu du paragraphe 27 de l'article 91 relève spécifiquement de la juridiction du Parlement fédéral. La langue est ancillaire à la procédure, et une législature provinciale ne peut légiférer sur la langue utilisée devant les tribunaux criminels.

Le précédent du Manitoba

Dans une étude sur le pouvoir qu'aurait la législature du Québec de déclarer officielle une seule langue, on ne peut s'empêcher de rappeler rapidement des événements qui se sont déroulés au Manitoba, il y a près de cent ans, et qui ont abouti à la disparition du français comme langue officielle. À la suite de l'acquisition par le Canada de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest, il fallut, en 1870, créer des cadres politiques et administratifs pour les quelque vingt mille habitants de la région de la rivière Rouge dont la plupart étaient des Métis, descendants d'Indiens et de Blancs français ou écossais. Une loi fut adoptée à cet effet⁽³⁹⁾ et elle donnait à la nouvelle province qu'elle créait, une constitution interne analogue à celle que le Québec avait

(38) Marx, *loc. cit.*, p. 254.

(39) Canada, 33 Vict., c. 3.

obtenue, en 1867, par l'*A.A.N.B.* En particulier, l'article 23 de la loi prévoyait, dans les deux Chambres de la législature et devant les tribunaux, une dualité linguistique semblable à celle édictée pour le Québec par l'article 133. Le Manitoba eut donc à ses débuts comme langues relativement officielles l'anglais et le français. Il semble bien toutefois que les auteurs du projet de loi n'aient pas cru que cette dualité était intangible. En effet, lorsque, le 2 mai 1870, le premier ministre John A. Macdonald présenta le projet de loi, il prononça les paroles suivantes:

«There are also provisions to satisfy the mixed population of the country inserted in the Bill for the same reason, although it will be quite in the power of the local Legislature to deal with them. They provide that either the French or English language may be used in the proceedings of the Legislature, and that both of them shall be used in records and journals of both Chambers. That provision as far the Province of Québec is concerned, is contained in the Union Act.»⁽⁴⁰⁾

Quelques instants auparavant, Macdonald avait dit:

«All these clauses and stipulations are, of course, subject to alteration by the people themselves, except so far as they relate to the appointment of the Lieutenant-Governor, which, of course, rests upon the same authority as in the other Provinces of the Dominion. In all other respects they may alter their constitutions as they please.»

Il convient de noter que, pour Macdonald, dans la constitution du Manitoba, les dispositions concernant les langues pouvaient être modifiées par la législature de la province. Bien plus, en ajoutant que toutes les provinces peuvent modifier toute leur constitution sauf pour ce qui a trait à la fonction du lieutenant-gouverneur, il laissait entendre que même la partie de l'article 133 concernant le Québec peut être modifiée par la législature de cette province. C'est ce que nous avons vu.

En fait, le français fut aboli progressivement comme langue officielle au Manitoba par une série de mesures qui, s'échelonnèrent du 4 février 1889 au 28 mars 1890, et qui montrent bien comment une langue peut cesser d'être officielle. Ces mesures coïncidaient avec d'autres concernant les écoles catholiques généralement françaises et qui engendrèrent dans les années qui suivirent la fameuse question des écoles du Manitoba. Le 4 février 1889, un rapport du comité des impressions de la législature fut adopté recommandant que les votes et délibérations (le procès-

(40) *Parliamentary Debates*, Dominion of Canada, Third session, 33 Victoria 1870, 1 (Ottawa, 1830), 1291. Publiés de 1870 à 1872, ces débats ne sont pas officiels, et on les appelle habituellement les *Cotton Debates* du nom de John Cotton, un journaliste de l'*Ottawa Times* qui en était le compilateur.

verbal des séances) ne soient plus imprimés en français; le 11 février, une résolution amendait les règlements de la Chambre pour que les motions ne soient plus proposées dans les deux langues et que les projets de loi ne soient plus imprimés en français; le 7 mars, on décidait que les avis concernant les projets de loi privés ne seraient publiés que dans les journaux de langue anglaise; le 20 mars, le projet de loi n° 43 était adopté pour abolir l'existence de jurés français comme tels; le 22 mars, le projet de loi n° 66 était adopté «*pourvoyant à ce que la langue anglaise soit la langue officielle de la province*». Au cours du débat, le procureur général expliqua qu'un avocat canadien-français plaçant devant un juge canadien-français, devant une cour où les témoins et les parties seraient canadiens-français, ne pourrait se servir de la langue française. Enfin, le 28 mars, on adopta un deuxième rapport du comité des impressions recommandant que les journaux (procès-verbaux) et les statuts soient imprimés en anglais seulement.

À titre documentaire, il me paraît intéressant de reproduire ici l'article essentiel qui a fait disparaître le français comme langue officielle au Manitoba. Il se lisait comme suit:

«Any statute of law to the contrary notwithstanding, the English language only shall be used in the records and journals of the House of Assembly for the Province of Manitoba. The Acts of the Legislature of the Province of Manitoba need only be printed and published in the English language.»⁽⁴¹⁾

Le législateur prit la précaution plutôt inutile d'ajouter: «*This act shall only apply so far as this Legislature has jurisdiction so to enact.*»

D'autres lois vinrent dans le détail compléter l'abolition du français comme langue officielle et, en 1900, une loi décréta que pour jouir du droit de vote, certains votants devaient pouvoir lire la constitution du Manitoba en anglais, en français, en allemand, en islandais ou dans une langue des pays scandinaves. Le français était vraiment devenu une langue comme les autres.

L'abolition du français comme langue officielle au Manitoba était-elle *ultra vires*?

Disons d'abord que le gouvernement fédéral ne jugea pas nécessaire d'annuler la loi dans l'année qui suivit son adoption comme il en avait le droit en vertu de la constitution et comme il le faisait fréquemment à l'époque pour les lois qu'il jugeait inconstitutionnelles.

(41) *Statutes of Manitoba*, 1890, c. 14.

Il préféra abandonner le problème aux tribunaux qui malheureusement n'eurent jamais l'occasion de se prononcer sérieusement.⁽⁴²⁾

La question des écoles a fait plus de bruit et a entraîné une jurisprudence plus substantielle que l'abolition du français comme langue officielle mais cet événement devait soulever de modestes discussions constitutionnelles qui ne manquent pas d'intérêt pour le Québec d'aujourd'hui.

Il est évident que si on accepte l'interprétation de John A. Macdonald citée plus haut, la législature du Manitoba avait le droit de modifier un article de la constitution formelle que lui avait donnée une loi canadienne même si cet article avait trait à la langue et même s'il n'était à toutes fins utiles qu'une transcription de l'article 133 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* édicté par le parlement britannique. Mais, l'intention du législateur révélée dans les *Débats* n'est pas un élément d'interprétation accepté par les tribunaux.⁽⁴³⁾

Le problème constitutionnel se transforma et se compliqua par suite de l'intervention postérieure du parlement britannique. Des doutes s'étant élevés sur la capacité du parlement canadien de créer des provinces et par conséquent sur la validité de la loi de 1870, le parlement britannique adopta, à la demande du gouvernement canadien, l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1871⁽⁴⁴⁾ qui décrétait à l'article 2 que «le Parlement du Canada pourra de temps à autre établir de nouvelles provinces dans aucun des territoires faisant alors partie du Dominion du Canada» et qui, à l'article 5, ajoutait que la loi créant le Manitoba était considérée «comme valide à toutes fins à compter de la date où, au nom de la Reine, elle avait reçu la sanction du Gouverneur-général». On peut se demander si cette ratification faisait de la loi de 1870 une loi britannique, ou si elle la rendait simplement valide comme loi canadienne. La distinction est importante, car on prétendra plus tard «que l'usage de la langue française après avoir été consacré par le gouvernement provisoire et le pouvoir fédéral fut confirmé par un statut impérial en 1871.»⁽⁴⁵⁾ D'ailleurs à l'époque même de l'abolition du français comme langue officielle, l'archevêque de Saint-Boniface, M^{sr} Taché, dans une lettre adressée au *Free Press* et publiée dans *Le Manitoba* du 31 décembre 1889, écrivait après avoir rappelé que l'usage

(42) Dans *The Law of Languages in Canada*, «*Studies of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism No. 10*», Claude-Armand Sheppard parle (p. 80) d'une affaire *Dumas c. Baribeault* qui aurait été plaidée devant un tribunal du Manitoba en 1916 et dans laquelle la loi de 1890 aurait été jugée valide, mais malgré ses recherches, il n'a pu obtenir des renseignements sur les motifs de la décision.

(43) *Procureur général du Canada c. L'Association du Readers Digest*, R.C.S. 1961, p. 775.

(44) 34-35 Vict., c. 28.

(45) M. J.-A. Prudhomme, «*Situation juridique du français au Manitoba*», dans *Mémoire, Premier Congrès de la langue française*, 1914, p. 95.

officiel de l'anglais et du français faisait partie de l'entente en vertu de laquelle le Manitoba était entré dans la Confédération:

«Les droits d'une partie de la population du Manitoba, à l'usage de sa langue et aux Écoles séparées, ayant été reconnus par des lois fédérales et impériales, sont par là même des droits constitutionnels et ce serait certainement une détermination bien grave de la part des autorités provinciales que de songer même à les amoindrir.»

L'argument me semble plus politique que juridique et je crois que la législature du Manitoba avait strictement le droit d'abolir le français comme langue officielle parce que la disposition à ce sujet faisait partie d'une constitution qui malgré la ratification du parlement impérial demeurait une loi canadienne ou parce que la législature d'une province peut toujours modifier sa constitution sauf pour ce qui a trait à la fonction du lieutenant-gouverneur.

La loi impériale contenait aussi un article 6 qui décrétait que le Parlement du Canada n'aurait pas la compétence pour changer les dispositions de la loi qu'il avait adoptée en 1870 concernant le Manitoba ou les lois qu'il adopterait à l'avenir pour créer de nouvelles provinces. C'était toutefois, ajoutait l'article, *«sous réserve du droit de la législature de la province du Manitoba de changer de temps à autre les dispositions de toute loi concernant la qualification des électeurs et des députés à l'Assemblée législative, et de décréter des lois relatives aux élections dans ladite province»*.

C'est à cause surtout de ce dernier article qu'un historien, M. S. Donnelly⁽⁴⁶⁾, après avoir souligné que *«this law was never challenged in the courts»*, ajoute que *«had it been it would have been declared ultra vires»*. Il prétend que l'article 23 de la constitution du Manitoba ne pouvait pas être touché par la législature de la province parce que celle-ci en vertu de l'article 6 de la loi impériale 34-35 Vict., c. 28 n'avait le droit que de *«changer de temps à autre les dispositions de toute loi concernant la qualification des électeurs et des députés à l'Assemblée législative, et de décréter des lois relatives aux électeurs dans la dite province»*. Je crois que c'est une mauvaise application de la vieille règle *«Expressio unius fit exclusio alterius»*, selon laquelle la mention expresse d'une hypothèse particulière fait présumer l'intention d'écarter les autres. En d'autres termes, après avoir décrété que le Parlement du Canada ne peut pas modifier la constitution du Manitoba, on précise que dans tel domaine la législature de la province a juridiction, ce qui ne lui enlève pas juridiction dans les autres domaines non précisés. Une interprétation différente rendrait pratiquement inopérant pour le Manitoba le paragraphe 1 de l'article 92 permettant à la législature d'une province de modifier sa constitution. Notons

(46) M. S. Donnelly, *The Government of Manitoba*, Toronto, University of Toronto Press, 1963, pp. 34-35.

en particulier que, d'après l'interprétation de M. Donnelly, l'abolition du Conseil législatif du Manitoba en 1876⁽⁴⁷⁾ eût été «*ultra vires*».

Dans le cas du Québec, l'article 133 a une origine différente: il a été édicté par une loi impériale et non canadienne, mais j'ai cru utile d'éclairer le problème en rappelant rapidement le précédent manitobain car entre les deux situations il y a tout de même des analogies. À ce propos, je crois intéressant de reproduire ici un long passage de l'étude déjà citée de M^e Claude-Armand Sheppard:

«If, écrit-il, the abrogation of section 23 of the Manitoba Act (which is practically indistinguishable from section 133 of the B.N.A. Act) by a provincial legislature is valid and subsisting, why would Québec have a different status? The purpose of both sections was the same: to protect similar linguistic rights of an ethnic minority inside a province; both measures were embodied in a constitutional statute which could not be amended by the federal Parliament alone; in both cases the province would be exercising its jurisdiction to amend its own constitution. Conversely, if it is argued that the Manitoba amendment was unconstitutional, Québec could not change section 133. We do not see how one could be valid without the other being also legitimate.

There is no doubt that the recognition of Québec's right to amend section 133 would defeat the apparent intention of the Fathers of Confederation, but so did the 1890 Manitoba abolition of French. Nor do we think that any of the arguments we have just outlined are necessarily conclusive or intellectually satisfactory. Nevertheless they cannot lightly be dismissed and they underscore the weaknesses of the constitution in this area. So far, it is true, Québec has not expressed any intention of changing section 133 and, if it did, it might run into incommensurable political difficulties and eventual disallowance (which in turn might be politically very difficult for the federal government). Still, the possibility of a successful challenge to the untouchability of section 133 cannot be dismissed.»⁽⁴⁸⁾

On voit que M^e Sheppard laisse tout de même entendre qu'il est possible que l'intangibilité de l'article 133 puisse être contestée et, même s'il ne le précise pas, c'est évidemment dans l'hypothèse d'une loi du Québec portant sur l'utilisation officielle de l'anglais dans le territoire du Québec. Quant au «*désaveu*», c'est-à-dire, l'annulation de la loi par le gouvernement fédéral, je crois que depuis une trentaine d'années la convention est bien établie qu'il ne se pratique plus. Il est théoriquement possible mais ce serait un geste plutôt politique que juridique et je pense qu'on préférerait laisser les tribunaux se prononcer.

(47) S.M. 1876, c. 28.

(48) Sheppard, *op. cit.*, p. 105.

2. Opinions concernant une seule langue officielle

Dans le partage des compétences établi par l'*A.A.N.B. de 1867*, la juridiction sur la langue n'a pas été confiée plus particulièrement au pouvoir fédéral ou au pouvoir provincial. En établissant un bilinguisme officiel limité au niveau du parlement d'Ottawa aussi bien que des cours fédérales et au niveau de la législature et des cours provinciales, l'article 133 n'a pas changé le partage général des compétences. L'un et l'autre des deux pouvoirs législatifs peuvent légiférer sur la langue pour autant qu'ils ont juridiction dans le domaine auquel est liée la langue. Le parlement fédéral peut, comme il l'a fait en 1969, dans la *Loi des langues officielles* décréter que «l'anglais et le français sont les langues officielles du Canada», mais cela ne vaut que dans les domaines où il a juridiction. L'article le reconnaît d'ailleurs en ajoutant: «pour tout ce qui relève du Parlement et du gouvernement du Canada.» Par contre, il ne s'agit que d'une loi ordinaire qui peut être modifiée et même abrogée par une loi subséquente. La proposition formulée à l'article 10 de la *Charte de Victoria* aurait donné à la reconnaissance de deux langues officielles une plus grande valeur constitutionnelle parce que, avec le consentement des provinces, elle serait devenue plus générale et plus intangible. On peut affirmer que la proposition de la *Charte de Victoria* aurait fait du français et de l'anglais deux langues vraiment officielles malgré les différences dans certaines dispositions selon les provinces.

Par ailleurs, dans les domaines qui relèvent de leur juridiction, les législatures des provinces peuvent légiférer sur la langue. Elles peuvent le faire lorsqu'elles ne sont pas visées par l'article 133, comme l'a fait récemment le Nouveau-Brunswick. Dans le cas du Québec, même si jusqu'ici l'interprétation voulait que l'article 133 en entier soit intangible, c'est-à-dire ne puisse être modifié que par le parlement de Londres, je crois, avec MM. Brun et Samson, qu'un examen plus attentif des articles 133 et 92 permet de diviser le premier et de soutenir que sa partie québécoise appartient à la constitution du Québec et peut être, par conséquent, modifiée par la législature de la province. Celle-ci peut donc proclamer que Québec possède deux langues officielles, n'en possède aucune ou n'en possède qu'une seule. La situation au Manitoba, au siècle dernier, que j'ai longuement expliquée, était un peu différente mais il n'en reste pas moins que le français y était protégé par un article spécial de la constitution et qu'il est disparu uniquement par l'intervention de la législature sans que cette intervention soit déclarée «*ultra vires*.»

La législature du Québec peut donc proclamer dans une loi que le français et l'anglais sont les langues officielles du Québec mais cela ne vaudra que dans les domaines où la législature aura juridiction. Cela ne poserait pas de problèmes constitutionnels, car ce ne serait qu'une extension des dispositions de l'article 133.

La législature peut aussi proclamer dans une loi que seul le français est la langue officielle du Québec, mais cela n'aurait à mon sens qu'une portée académique et ne ferait pas en particulier disparaître *ipso facto* les exigences de l'article 133.

Après avoir proclamé qu'une langue est officielle, il faut, en effet, légiférer spécifiquement pour mettre en acte dans tous les domaines les conséquences de cette proclamation. L'usage, comme nous l'avons vu, peut contribuer puissamment à donner à une langue ou à lui faire perdre son caractère officiel mais, en définitive, il faut des lois précises qui reconnaissent ou permettent avec des conséquences juridiques l'usage de la langue dans des domaines variés.

Ouvrons une parenthèse pour souligner que dans l'état actuel des choses, la législature du Québec ne peut garantir qu'une disposition qu'elle édictera au sujet des langues sera intangible. Par exemple, même si la législature édictait, en déclarant le français officiel en principe ou dans des cas concrets, que la loi ne peut être modifiée sans une majorité spéciale, la disposition pourrait être abrogée par une simple loi. Nous vivons dans un système de suprématie parlementaire et non dans un système de suprématie de la constitution comme aux États-Unis.

À mon sens, la première caractéristique d'une langue officielle est d'être celle dans laquelle l'État s'exprime, celle dans laquelle les mots ont leur véritable sens même lorsque ce sens n'est pas le même dans la langue qui peut les traduire. On pourrait même imaginer une langue officielle qui ne serait pas la langue du peuple, ce qui jusqu'à un certain point fut le cas naguère du latin devant les tribunaux français et du français devant les tribunaux anglais. Rappelons qu'en 1539 l'Ordonnance de Villers-Cotterets donna en quelque sorte valeur officielle au français lorsqu'à l'article III le roi François 1^{er} décréta:

«Et pour ce que telles choses sont souvent advenues sur l'intelligence des mots latins contenus esdits arrests, nous voulons d'oresnavant que tous arrests, ensemble toutes autres procédures, soient de nos cours souveraines et autres subalternes et inférieures, soient de registres, enquestes, contrats, commissions, sentences, testaments, et autres quelconques, actes et exploits de justice, ou qui en dépendent, soient prononcés, enregistrés et délivrés aux parties en langage maternel françois et non autrement.»

En Angleterre, en 1362, une loi décréta que l'anglais devrait être utilisé devant les tribunaux.⁽⁴⁹⁾ En 1731, une nouvelle loi fut adoptée⁽⁵⁰⁾ décrétant que:

(49) (1362) 36 Edw. III, st. 1, c. 15. Cité par Marx, *loc. cit.*, p. 268, qui fait remarquer ironiquement que la loi elle-même fut rédigée en français.

(50) (1731) 4 Geo. III, c. 26.

«... all writs, process and returns thereof and proceeding thereof and proceeding thereon, and all pleadings, rules, order indictments... in any courts of justice within that part of Great Britain called England and in the court of exchequer in Scotland... shall be in the English tongue and language only...»

On s'est demandé évidemment si cette loi s'appliquait au Canada, ce qui aurait enlevé au français tout caractère officiel devant les tribunaux du Bas-Canada. On a décidé le contraire dans *General Motors Acceptance Corporation of Canada v. Perozni*.⁽⁵¹⁾

Je pense bien qu'il faut envisager franchement le problème essentiel et se demander, en dehors de toute opinion politique personnelle sur le fonds, ce qu'il faudrait faire pour proclamer efficacement le français langue officielle du Québec. Il faut se demander ensuite quel serait le statut possible de l'anglais.

Comme je l'ai dit plus haut, la proclamation pure et simple du français comme langue officielle est possible mais elle ne serait qu'un geste académique et cocardier. Le premier procédé efficace, pas le seul mais le plus essentiel, serait d'adopter une loi décrétant que seul le texte français des lois a une valeur officielle et doit être interprété par les tribunaux, comme cela fut esquissé en 1937. L'anglais ne deviendrait qu'une langue de traduction qui cependant pourrait continuer d'être utilisée comme aujourd'hui sauf dans les cas de divergence importante avec le texte français. D'autres lois, analogues en certains cas à celles adoptées naguère par le Manitoba, devraient suivre. Sans faire un examen systématique de ces lois possibles, on peut en imaginer quelques-unes aboutissant aux résultats suivants: le français seule langue de la procédure parlementaire; le français seule langue officielle de la législation déléguée, celle du gouvernement, des organismes gouvernementaux et paragouvernementaux, des municipalités; le français seule langue des avis requis par la loi dans la *Gazette officielle* et dans les journaux; le français seule langue des contrats de travail; le français seule langue d'expression officielle des tribunaux.

En réalité, le français prendrait surtout sa valeur officielle non pas tant par les textes législatifs eux-mêmes mais plutôt en devenant une langue de travail, la langue de travail de l'État et de tout ce qui dépend de lui. Or à notre époque l'État pénètre de plus en plus dans tous les domaines.

Si le français devenait la seule langue de communication officielle de l'État québécois, il ferait face à de plus grandes exigences de qualité

(51) (1965) 51 D.L.R. (2d) 724.

et de précision. Il devrait, autant que possible, épouser l'usage universel en tenant compte, seulement lorsque cela est nécessaire, des particularités locales. La langue populaire peut être à la rigueur « québécoise » mais pas la langue officielle.

Il est évident que, même en devenant une langue de traduction, l'anglais garderait, à cause de la situation du Québec dans l'Amérique du Nord et à cause de l'importance de la minorité anglaise du Québec, une valeur considérable. Il faudrait même lui donner un statut spécial de langue d'accès, c'est-à-dire de langue dans laquelle on peut s'adresser à l'État quitte à en recevoir une réponse officielle en français. Le bilinguisme est souvent la faculté de s'exprimer dans la langue qu'on connaît le mieux quitte à permettre à l'interlocuteur, dans ce cas l'État du Québec, de répondre dans sa propre langue. Il se peut aussi que la proclamation du français comme langue officielle et la réalisation de cette proclamation par des mesures précises doivent s'accompagner de meilleures garanties de traduction des textes en anglais. La traduction existerait non par principe mais pour son utilité. Par ailleurs, je crois que, pour éviter des difficultés juridiques, il faudrait respecter le passé. L'anglais garderait ainsi, dans certains domaines, son caractère de langue officielle tant que des mesures spécifiques n'auraient pas abrogé ou remplacé les textes antérieurs.

Par ailleurs, dans une foule de cas, la dualité inutile de langues disparaîtrait, comme elle a déjà commencé à le faire dans l'usage, mais elle se maintiendrait d'elle-même lorsqu'elle serait nécessaire. Le Québec cesserait d'être une province officiellement bilingue, mais elle le serait pratiquement dans bien des cas. L'usage de l'anglais ne diminuerait peut-être pas beaucoup mais ce serait un usage de traduction.

En définitive, malgré toute l'émotivité qu'engendrent toujours les problèmes linguistiques, il s'agit, autant que possible, de les dépouiller de leur caractère manichéen pour les rendre fonctionnels. Le droit ne doit pas rechercher des solutions académiques mais il doit épouser la multiplicité des situations pour que la langue de la majorité d'une population prédomine sans empêcher l'utilisation dans certains cas nécessaire d'une autre langue qui devient alors secondaire dans sa nature mais pas nécessairement dans son usage. Le Québec a le pouvoir et les moyens d'en arriver à une telle solution à l'intérieur des moules constitutionnels actuels.

(iv) La compétence constitutionnelle et juridique pour instituer une langue ou des langues officielles au Québec.

Opinion de

François Chevette
(Université de Montréal)

(iv) Constitutional-Legal Competence as to Establishment of Official Language or Languages in Québec

Opinion of

François Chevette
(University of Montréal)

Juin 1972 June

Je m'efforcerai au cours de cette étude de répondre, dans l'ordre proposé, aux diverses questions, soumises et reproduites ci-après, relatives au concept de langue officielle et à la compétence constitutionnelle du Québec pour légiférer en cette matière.

Cette façon de procéder me semble la plus utile en l'occurrence, au simple motif que les questions ont été posées dans un ordre très logique, susceptible de donner lieu à un développement gradué et cohérent. Compte tenu de la complexité des problèmes auxquels plusieurs d'entre elles font référence, on comprendra cependant que les réponses que j'ai tenté de leur donner sont de la nature d'opinions légales en tel sens que leur vérité n'a rien d'absolu ni d'assuré. Mais, dans tous les cas et dans toute la mesure du possible, j'ai pris soin de faire état des divers éléments jurisprudentiels ou doctrinaux, à mon avis pertinents, et des diverses opinions que l'on pouvait en tirer. Après quoi j'ai pris parti pour l'une d'elles, en explicitant toujours les motifs juridiques faisant qu'à mon sens c'est celle-ci et non les autres qui me semblait devoir être retenue.

Questions posées

I – Les définitions

1. Est-ce qu'il existe une conception de «langue officielle» d'après le système constitutionnel canadien? Si oui, préciser:
 - a) Les sources de cette conception;
 - b) Les modalités d'application découlant du système constitutionnel canadien.
2. Existe-t-il d'autres définitions de statut linguistique d'après le système constitutionnel canadien?

II – Les options et leurs implications constitutionnelles

1. Opinions concernant deux langues officielles – En rapport avec les définitions de «langue officielle» précédemment données, fournir des éclaircissements à propos des questions suivantes:
 - a) Le Québec a-t-il la compétence constitutionnelle pour déclarer deux langues comme langues officielles? Si oui, quelles seraient les implications constitutionnelles et les champs d'application d'une telle mesure et quels amendements constitutionnels cela supposerait pour ce faire?
 - b) Le Québec a-t-il la compétence constitutionnelle pour déclarer deux langues comme langues officielles, mais avec une espèce de statut distinct pour l'une d'elles, c'est-à-dire avec des éléments additionnels qui ne sont pas inclus dans le statut de langue officielle? Si oui, quelles seraient les implications constitutionnelles et les champs d'application d'une telle mesure et quels amendements constitutionnels cela supposerait pour ce faire?
2. Opinions concernant une seule langue officielle – En rapport avec les définitions de «langue officielle» précédemment données, fournir des éclaircissements à propos des questions suivantes:
 - a) Le Québec a-t-il la compétence constitutionnelle pour déclarer une langue, seule langue officielle? Si oui, quelles seraient les implications constitutionnelles et les champs d'application d'une telle mesure et quels amendements constitutionnels cela supposerait pour ce faire?
 - b) Le Québec a-t-il la compétence constitutionnelle pour déclarer une langue, seule langue officielle, tout en accordant un statut distinct moindre dans ses applications à une deuxième langue? Si oui,

quelles seraient les implications constitutionnelles et les champs d'application d'une telle mesure et quels amendements constitutionnels cela supposerait pour ce faire?

1 — Les définitions

Une langue est dite officielle dans la mesure où elle reçoit la reconnaissance de la loi. Certes cette proposition est ambiguë et incomplète, dans la mesure où elle ne nous dit rien sur le type de reconnaissance dont il s'agit et sur le but pour lequel on l'octroie. Ainsi, ce n'est pas parce qu'un gouvernement peut favoriser l'épanouissement culturel de certaines minorités linguistiques sur son territoire, allant même jusqu'à leur accorder quelques droits particuliers en matière d'organisation communautaire ou d'enseignement, que la langue de ces groupes deviendra officielle. En première analyse, on serait tenté de dire que pour qu'une langue puisse être considérée comme officielle, il faut que cette langue devienne pour ainsi dire la langue que l'autorité publique même déclare être la sienne et qui doit gouverner les divers rapports entre elle-même et les citoyens.⁽¹⁾

Dans une telle perspective, la notion de langue officielle se référerait essentiellement aux secteurs concrets d'activité où il en est fait usage, en l'occurrence le secteur des institutions et organismes publics. Mais cela, on le perçoit aisément, ne nous dit rien sur les raisons d'officialisation d'une langue et sur les buts que l'on poursuit en adoptant une telle mesure. Car il arrive que la décision que peut prendre l'autorité publique d'officialiser une ou plusieurs langues répond à des impératifs variés et complexes. Au plan théorique, on pourrait envisager que l'impératif premier en soit un de commodité, de type purement *pratique et fonctionnel*, au simple motif que les lois d'un pays doivent être rédigées dans une ou plusieurs langues, faute de pouvoir l'être dans toutes, et suivant des versions qui fassent autorité. De même pour les débats parlementaires, les audiences des tribunaux et leurs jugements, ainsi que les relations multiples entre l'appareil administratif et les gouvernés. Mais dans la plupart des pays ce premier impératif, de type fonctionnel, se mêle à un second, de type *symbolique*, tenant à ce que la proclamation d'une seule langue officielle peut venir comme la consécration légale d'une unification nationale lentement acquise et que l'on est fier d'affirmer, et la proclamation de deux ou de plusieurs langues officielles comme la consécration d'une volonté et d'une

(1) C.-A. Sheppard, *The Law of Languages in Canada*, Studies of The Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, Ottawa, 1971, p. 291. C'est la définition à laquelle s'arrête cet auteur, après avoir observé toutefois qu'il n'y a pas de définition consacrée du concept de langue officielle. Voir aussi: *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, livre I (*Les langues officielles*), Ottawa, 1967, p. 74.

garantie de pluri-nationalisme à instaurer ou à maintenir. D'où l'on voit surgir un troisième impératif, de *protection et d'équilibre* linguistique et national, que commande bien souvent l'officialisation d'une ou de plusieurs langues au sein d'une communauté politique donnée.

Comme n'importe quelle mesure de caractère linguistique, l'officialisation d'une langue se caractérise donc par les institutions ou secteurs concrets d'activité où cette mesure est destinée à recevoir application. Elle se caractérise aussi par les buts ou finalités qu'elle poursuit. Ainsi le fait de déterminer la langue de travail de certains établissements peut être une simple mesure de commodité, de bon fonctionnement, voire de sécurité en ce que tous les travailleurs devront y comprendre la langue des instructions. Ce peut être encore une mesure visant à favoriser ceux qui peuvent éventuellement y être employés et y faire carrière, en leur permettant d'y travailler dans leur langue, ou ceux qui y font affaire, en leur en facilitant l'accessibilité; du même coup une telle mesure pourra constituer une certaine contrainte sur les employeurs et entreprises visés, et n'être pas sans effet sur le déroulement de leurs affaires. Ce peut être aussi, et plus largement cette fois, une façon de favoriser la survie d'une langue menacée et son développement normal. C'est assez dire jusqu'à quel point une mesure linguistique, s'appliquant au secteur public ou au secteur privé, peut présenter des aspects nombreux et variés; ce qui rend l'appréciation de sa constitutionnalité d'autant moins aisée, comme nous le verrons.

Ainsi donc la notion de langue officielle se référerait à la langue des institutions et organismes publics, dans leur fonctionnement interne et dans leurs rapports avec les citoyens. On conviendra sans peine qu'il s'agit là d'une notion étroite, du fait qu'elle limite son champ d'application aux institutions et organismes publics. Or s'il ne s'agit que de satisfaire ces impératifs fonctionnel et symbolique dont il était question plus haut, l'officialisation d'une ou de plusieurs langues, au sens qui vient d'être établi, pourrait constituer une mesure suffisante. Car on aurait déterminé de cette façon la ou les langues de ces institutions et services; on aurait du même coup satisfait aux exigences d'une certaine symbolique politique qui s'attache à des institutions comme le parlement et les tribunaux ou aux textes de loi. Mais dans la mesure où d'autres impératifs sont aussi en cause, singulièrement la nécessité d'une politique positive de promotion d'une langue menacée par divers contextes, au profit d'une autre, plus forte et mieux favorisée, il pourra se faire que la seule officialisation, au sens établi plus haut, s'avère insuffisante et qu'il soit nécessaire d'adopter d'autres mesures pour y pourvoir. Dans ce dernier cas, ce n'est plus de la langue des institutions et organismes publics qu'il s'agit; c'est d'un problème linguistique plus général et diffus dans l'ensemble de la réalité sociale.

Ces quelques notions étant posées, reprenons l'analyse, en référence cette fois au système constitutionnel canadien.

1. Conception de la langue officielle dans le système canadien

Il ne fait pas de doute qu'il existe une conception de la langue officielle dans le système constitutionnel canadien. Quelles en sont les sources juridiques?

a) Sources de cette conception

La source la plus explicite et la plus souvent citée est celle de l'article 133 du texte de la constitution.⁽²⁾

« 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. »

Il est évident qu'il déborderait les cadres de notre propos d'entreprendre une étude approfondie de cette disposition, d'autant qu'il en existe déjà d'excellentes auxquelles on pourra se référer.⁽³⁾ Contentons-nous de faire quelques brèves observations à propos de la nature des garanties linguistiques qu'elle établit, particulièrement celles qui concernent le Québec.

Si l'on se reporte à la notion de langue officielle précédemment suggérée, on a vite fait de se rendre compte que c'est bien de cela qu'il s'agit à l'article 133 A.A.N.B., car on y institue l'anglais et le français comme langues officielles au Parlement fédéral et à la Législature de Québec, de même que devant les tribunaux fédéraux et québécois. Ce n'est même pas l'ensemble des institutions et services publics, fédéraux et québécois, qui deviennent constitutionnellement bilingues, mais bien uniquement le Parlement et les tribunaux de l'un et l'autre ordres de gouvernement. La chose au reste n'est pas bien difficile à expliquer, si l'on sait se rappeler que dans le contexte historique de 1867 le Parlement et les tribunaux étaient perçus comme les institutions étatiques véritablement importantes, cen-

(2) Toute référence subséquente au texte constitutionnel canadien sera faite sous le sigle A.A.N.B. (*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1867).

(3) Notamment: A.-L.-C. de Mestral et W. Fraiberg, *Language Guarantees and the Power to Amend the Canadian Constitution*, (1966-67) McGill Law Journal, p. 502; H. Marx, *Language Rights in the Canadian Constitution*, (1967) 2 Revue juridique Thémis, p. 239; C.-A. Sheppard, *op. cit.*, note 1.

tres et symboles de la puissance publique, en elle-même et dans ses liens avec les citoyens. L'appareil administratif de l'époque était si peu développé qu'on n'a pas à se surprendre qu'il n'en soit pas fait mention.

Ne faisons pas état pour l'instant des difficultés d'interprétation assez nombreuses que pose l'article 133 *A.A.N.B.*,⁽⁴⁾ et convenons qu'il s'agit d'une disposition de caractère fondamental, qui lie les deux ordres, fédéral et québécois, de gouvernement auxquels elle s'applique. Convenons aussi qu'elle n'englobe pas tous les organismes publics fédéraux et québécois. Dès lors, la question se pose: qui a compétence pour statuer sur la langue des organismes non couverts par cette disposition et qu'advient-il au cas où l'autorité compétente pour le faire n'édicte rien à ce sujet?

En ce qui concerne la question de savoir qui a compétence pour statuer sur la langue des organismes publics non couverts par l'article 133 *A.A.N.B.*, on répond d'habitude en se référant à la position traditionnelle du droit constitutionnel canadien sur la question linguistique envisagée de façon générale, position qui peut être résumée de la façon suivante.

La question linguistique, mis à part le contenu de l'article 133 *A.A.N.B.*, ne formerait pas un domaine législatif autonome dans le partage de la puissance législative qu'impose la forme fédérale de gouvernement. En cette matière chaque ordre, fédéral et provincial, de gouvernement aurait compétence selon que la mesure linguistique se rattacherait à une matière sur laquelle le texte constitutionnel lui accorderait par ailleurs le pouvoir de légiférer. Il s'agirait en quelque sorte d'une matière accessoire à d'autres, et l'autorité compétente sur la matière principale le serait du même coup sur la question linguistique, matière accessoire à la première. Tout cela, sous réserve bien entendu de la difficulté, toujours présente en droit constitutionnel, de qualifier la mesure linguistique en question, et de la rattacher à l'un ou l'autre chef de compétence prévu par la constitution.

Mais qu'advient-il si l'autorité législative compétente pour déterminer la langue dans laquelle peut se dérouler une certaine activité n'édicte rien à ce sujet? La question n'est pas que théorique, car il arrive qu'au Québec la langue de beaucoup d'organes ou d'activités du secteur public n'est prévue nulle part dans les textes de loi: par ailleurs on n'a pas non plus de disposition législative explicite et générale sur la ou les langues des institutions et organismes publics dans leur ensemble. En l'absence de disposition statutaire sur la question, on peut

(4) Les deux difficultés principales ont trait d'une part à la question de savoir quels organes et en particulier quels tribunaux (cas des tribunaux administratifs) sont couverts par cette disposition, et d'autre part à la question de savoir si cette disposition, qui lie le Parlement central (voir: art. 91,1 *A.A.N.B.*), lie aussi les législatures provinciales.

tenir que dans les champs d'activités de caractère privé le choix de la langue sera absolument libre et dépendra de la seule volonté des particuliers. En sera-t-il de même pour les institutions et organismes publics, dans leur fonctionnement interne et leurs relations avec les administrés? Cela serait assez difficilement pensable, et l'on verrait mal par exemple qu'en l'absence de toute habilitation statutaire une municipalité du Québec puisse décider de rédiger et publier ses règlements en espagnol ou en allemand⁽⁵⁾ ou encore qu'il soit possible de recevoir l'acte authentique et de procéder à son enregistrement quelle que soit la langue dans laquelle il pourrait être rédigé⁽⁶⁾. Cela étant, beaucoup d'auteurs s'accordent à reconnaître qu'il existe au Québec deux langues officielles d'application générale et ayant seules statut légal dans l'ensemble du secteur public. C'est l'anglais et le français, langues officielles d'application générale, non pas en vertu d'un texte constitutionnel ou d'un texte de loi explicite l'établissant, mais en vertu d'une légalité coutumière très nette et par implication de certains textes légaux.⁽⁷⁾ Il faut remarquer toutefois que, mises à part les dispositions de l'article 133 *A.A.N.B.*, le statut officiel de l'anglais et du français au Québec, tout comme au niveau fédéral d'ailleurs,⁽⁸⁾ aurait un caractère législatif et non un caractère constitutionnel, en sorte que l'Assemblée nationale pourrait le modifier. Mais l'autorité administrative ne le pourrait pas, en l'absence d'habilitation statutaire à cet effet.⁽⁹⁾

La conception de la langue officielle au Québec procède donc d'une triple source, constitutionnelle, législative et coutumière. De cette conception on retiendra deux traits à notre avis dominants. Si l'on considère tout d'abord les organismes ou secteurs d'activité qu'elle englobe, on a vite fait de se rendre compte qu'il s'agit d'une conception étroite de la langue officielle. Si étroite du reste qu'elle n'est explicite et constitutionnalisée que pour le parlement et les tribunaux, le reste des institutions et organismes publics étant régi par des dispositions

(5) Notons qu'il existe au Québec des dispositions statutaires sur le bilinguisme anglais-français dans ce secteur: art. 129 *Code municipal*; arts 362-382-387-391-392, *Loi des cités et villes*. Mais la question qui nous importe ici est celle de savoir quelle serait la situation dans l'hypothèse où il n'en existerait pas.

(6) C'est un des nombreux secteurs où aucune disposition statutaire n'existe à ce sujet.

(7) Voir: Marx, *loc. cit.*, note 3, pp. 269 et suivantes.

(8) Comme le prouve l'adoption par le Parlement fédéral en 1968-69 de la *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, ch. 0-2.

(9) Voir *Pérusse et Papa c. Les commissaires d'écoles de St-Léonard*, 1970 C.A. 324, au sujet de la compétence des commissaires d'écoles de décider de la langue d'enseignement en l'absence de toute disposition statutaire à ce sujet.

législatives multiples et fragmentaires⁽¹⁰⁾ ou ne l'étant pas du tout.⁽¹¹⁾ La loi n'a statué à ce sujet que dans la mesure où il était strictement nécessaire de la faire, et moins encore, et c'est la coutume ou la pratique qui a fait le reste. D'où l'on retire l'impression, et ce serait là le second trait dominant de cette conception, qu'au plan de ses buts ou de ses finalités elle a eu surtout à répondre à des impératifs fonctionnels et symboliques, bien davantage qu'à des impératifs de protection et d'équilibre linguistiques proprement dits, pour reprendre une terminologie utilisée antérieurement.

En matière de langues officielles et en matière linguistique en général, le droit aurait eu jusqu'à ce jour un rôle passif, celui de refléter les faits et les situations politiques et sociales, et non un rôle actif, celui d'imprimer un tracé, indicatif ou impératif, à leur évolution. À cela on opposera par exemple que l'article 133 *A.A.N.B.*, en officialisant l'anglais à la Législature de Québec et devant les tribunaux de cette province, a pu servir à en protéger le statut contre un pouvoir majoritairement francophone. Mais à notre avis, dans ce cas comme dans les autres, c'est d'un rôle fonctionnel et d'un rôle symbolique qu'il s'est surtout agi. Outre le fait que l'expérience manitobaine laisse songeur sur l'efficacité d'une disposition du genre de l'article 133 *A.A.N.B.*, quand il s'agit de protéger le statut d'une langue,⁽¹²⁾ il n'est pas inutile de rappeler que dans beaucoup de secteurs la langue anglaise au Québec a pu se maintenir et connaître un développement normal en l'absence de toute garantie constitutionnelle et même légale.⁽¹³⁾ Les garanties qui existent auraient-elles été absentes, on peut présumer qu'à cet égard les choses n'auraient pas connu un cours singulièrement différent.

Voilà qui montre le rôle traditionnellement passif et primordialement symbolique et fonctionnel des langues officielles au Québec. Dès lors, on s'expliquera aisément pourquoi la conceptualisation juridique est si imparfaite et pourquoi le droit constitutionnel est dans une certaine mesure pris au dépourvu, comme nous le verrons, au moment où l'offi-

(10) C'est le bilan que fait C.-A. Sheppard dans son ouvrage si complet sur la question (*op. cit.*, note 3, p. 313).

(11) Ainsi par exemple beaucoup de lois du Québec exigeant la publication d'avis dans la *Gazette officielle* n'édicte rien sur la ou les langues de publication. C'est la pratique qui aurait fait que tous les avis y sont publiés en français et en anglais (voir: Sheppard, *op. cit.*, note 3, p. 248), à moins que l'on admette la thèse voulant qu'en pareille matière la publication en anglais et français soit de droit obligatoire.

(12) Il est bien connu en effet que le Manitoba, quoique lié par une disposition identique à celle de l'article 133 *A.A.N.B.*, a aboli le français comme langue de rédaction à la Législature et devant les cours en 1890. Le pouvoir judiciaire ne s'est jamais prononcé sur la validité constitutionnelle de la loi qui a opéré cette abolition.

(13) Ce fut le cas notamment en matière scolaire, jusqu'à l'adoption en 1969 de la *Loi pour promouvoir la langue française au Québec*, L.Q., 1969, ch. 9.

cialisation de la langue veut passer de ce rôle de reflet à un rôle plus actif de protection et d'équilibre linguistiques véritables.

Nous avons tenté jusqu'ici de dégager la conception de la langue officielle et les sources juridiques de cette conception au Québec. Examinons maintenant les modalités d'application de cette mesure qu'est l'officialisation d'une ou de plusieurs langues.

b) Modalités d'application

Au plan pratique, l'officialisation d'une langue consiste pour l'État dans le devoir ou le privilège, suivant le point de vue où l'on se place, de tenir une activité ou d'offrir un service dans la langue en question. De la même façon, c'est pour l'individu le devoir ou le privilège de participer à cette activité ou de communiquer avec ce service dans cette langue. Dans le cas du bilinguisme, il pourra s'agir d'un choix entre l'une ou l'autre langue,⁽¹⁴⁾ il pourra s'agir encore d'une obligation d'employer les deux simultanément,⁽¹⁵⁾ et il serait inutile d'analyser ici cette dernière question plus en profondeur,⁽¹⁶⁾ de même que celle, très difficile, des sanctions légales aux contraventions de la loi à ce chapitre.⁽¹⁷⁾

Plus que celles qui précèdent, ce sont les modalités constitutionnelles d'application des mesures linguistiques qui nous importent ici. Qu'est-ce à dire?

(14) C'est le cas notamment de la langue des débats ou délibérations d'après l'article 133 *A.A.N.B.* Notons que le choix d'utiliser l'une ou l'autre langue appartient à l'individu, qui sera libre par exemple de parler français au cours d'un procès se tenant en anglais (voir: *Miller and Kyling c. The Queen*, (1970) R.C.S. 214).

(15) C'est le cas notamment de la langue de rédaction d'après l'article 133 *A.A.N.B.*

(16) Si l'on admet qu'au Québec le français et l'anglais sont de droit langues officielles, même en l'absence de disposition statutaire spécifique, la question peut se poser de savoir si la notion de bilinguisme officiel connote l'idée d'un choix entre l'une ou l'autre langue ou d'une obligation légale d'employer les deux. En ce qui concerne la rédaction d'écrits, on pourrait soutenir qu'il s'agit d'une obligation d'employer les deux, si l'écrit émane de l'autorité publique et qu'il est d'intérêt général. Les particuliers auraient pour leur part le choix d'utiliser à leur convenance l'une ou l'autre langue dans leurs rapports avec l'administration (voir: *General Motors Acceptance Corporation c. Perozni*, (1965) 51 D.L.R. (2) 724: on y a reconnu en Alberta pour fin d'enregistrement un contrat rédigé en français vu le caractère prétendument officiel du français dans cette province). Signalons toutefois qu'il s'agit là d'une question assez mal éclaircie dans l'état actuel du droit et qu'il nous semble peu utile d'approfondir davantage dans le cadre de la présente étude.

(17) Ainsi, dans l'affaire *Miller and Kyling c. The Queen*, (1970) R.C.S. 214, la Cour suprême du Canada, tout en reconnaissant la possibilité de faire usage du français au cours d'un procès criminel tenu en anglais devant une cour du Québec, a jugé que l'interdiction de ce faire par le juge n'avait été la source d'aucun préjudice et qu'il n'y avait lieu à aucun remède en l'occurrence.

On a déjà souligné le caractère accessoire de la question linguistique dans le partage de la puissance législative au Canada. Cela est évident, du simple fait que d'une part, sous réserve toujours de l'article 133 *A.A.N.B.*, rien n'est prévu au texte constitutionnel à ce sujet, et que d'autre part il existe un principe reconnu voulant que le partage de la puissance législative au Canada entre les deux ordres de gouvernement soit total et plénier.⁽¹⁸⁾ On en déduit aisément que la question linguistique en tant que matière de législation est incluse quelque part dans les compétences de l'un ou l'autre ordre de gouvernement et il s'ensuit la nécessité de qualifier constitutionnellement chaque mesure linguistique particulière en vue de la rattacher à telle ou telle compétence législative, fédérale ou provinciale.

Or, comment opérer cette qualification? Pour y arriver, on peut envisager en premier lieu que toute mesure portant sur l'usage d'une ou de plusieurs langues soit qualifiée constitutionnellement comme accessoire à l'activité ou à l'organisme où elle est destinée à recevoir application. En clair, cela veut dire que le Québec serait compétent pour statuer sur la langue des institutions et organismes publics, provinciaux et municipaux.⁽¹⁹⁾ Il le serait aussi sur la langue des entreprises et activités privées relevant de sa compétence, qu'il s'agisse d'entreprises d'assurances, de transport et de commerce local, etc.⁽²⁰⁾ Mais il ne le serait plus en ce qui concerne les acti-

(18) Voir: *Hodge c. The Queen*, (1883-84) 9 A.C. 117, p. 132; *A.G. Ontario c. A.G. Canada*, (1912) A.C. 571, p. 581; *British Coal Corporation c. The King*, (1935) A.C. 500, p. 517.

(19) On sait que par l'article 92.8 *A.A.N.B.* les provinces ont une compétence exclusive sur les institutions municipales dans la province. Observons que pour les institutions et organismes publics provinciaux la compétence des provinces est d'autant plus assurée que la puissance publique y agit en quelque sorte comme propriétaire et que si ce n'est pas elle qui décide des usages linguistiques on peut se demander qui en décidera. Sur le statut constitutionnel de l'administration gouvernementale, on pourra consulter: P. Garant, *Contribution à l'étude du statut juridique de l'administration gouvernementale*, (1972) 50 *La Revue du Barreau canadien*, p. 50; D. Gibson, *Interjurisdictional Immunity in Canadian Federalism*, (1969) 47 *La Revue du Barreau canadien*, p. 40; D.W. Mundell, *Legal Nature of Federal and Provincial Governments*, (1960) 2 *Osgoode Hall Law Journal*, p. 56.

(20) Au point de vue constitutionnel, les provinces n'ont pas une compétence moins assurée pour statuer sur les usages linguistiques des activités et entreprises privées que sur ceux des institutions et organismes publics, pourvu à coup sûr que ces activités ou entreprises relèvent de leur compétence législative en vertu de la constitution. Toutefois à cet égard la question se pose de savoir dans quelle mesure une loi provinciale sur les usages linguistiques serait applicable aux compagnies d'incorporation fédérale agissant, dans des domaines provinciaux d'activité. Si l'on accepte l'idée suivant laquelle la question linguistique serait une question accessoire à l'organisme ou au champ d'activité où elle se pose, il en résulte que, de la même façon par exemple que les compagnies fédérales d'assurances, matière provinciale de législation, sont soumises aux lois provinciales générales d'assurance, ainsi toute compagnie fédérale opérant dans des champs provinciaux d'activité serait soumise aux lois provinciales en matière d'usages linguistiques. Toutefois on remarquera que, de même que les compagnies fédérales agissant dans des champs provinciaux sont exclusivement soumises au droit corporatif fédéral, ainsi ce serait le Parlement fédéral, et non les provinces, qui aurait compétence pour statuer sur les usages

vités et entreprises, privées ou publiques, relevant de la compétence législative du Parlement central, banques, compagnies de transport inter-provincial et international, etc.

Ce premier type de qualification, axé sur les secteurs concrets d'activité où une mesure linguistique est destinée à recevoir application, a un certain caractère de neutralité et d'automatisme. Qui a compétence sur une activité a compétence sur la langue qu'on y emploie, celle-ci étant considérée comme purement accessoire à celle-là. Certes une telle qualification rend bien compte du fait que la très grande majorité des activités ou services, pour fonctionner, doivent fonctionner dans une certaine langue. D'où la conclusion à l'effet que l'autorité compétente pour régir cette activité ou ce service le sera du même coup pour statuer sur la langue dans laquelle cela doit se faire. Mais cette seule considération, on en conviendra, n'épuise pas la question, et une réflexion, même rapide, a vite fait de nous découvrir qu'une mesure linguistique peut avoir un but ou un effet autre que celui, purement fonctionnel, de décider de la langue dans laquelle une activité doit se tenir. À côté de cet impératif fonctionnel, il peut en exister d'autres, de sécurité, d'accessibilité à un service, de protection contre certaines publicités ou engagements contractuels, voire même et plus largement encore de conservation d'un patrimoine linguistique et culturel.⁽²¹⁾ Dès lors, on pressent que la qualification axée sur le secteur d'activité où une mesure linguistique est destinée à recevoir application et qui fait de celle-ci un pur accessoire de celui-là n'est pas la seule imaginable. Il en existe d'autres, et c'est de ces dernières qu'il nous faut maintenant parler.

2. Autres statuts linguistiques

Toutes les lois provinciales ne sont pas inapplicables aux entreprises ou activités fédérales. Ainsi il est établi depuis longtemps que les provinces, parce qu'elles sont compétentes sur la propriété et les droits civils,⁽²²⁾ peu-

linguistiques relatifs au nom de la compagnie, à la tenue de ses livres et registres, aux délibérations de ses assemblées, etc. Ce sont là en effet des matières de droit corporatif, qui dans le cas d'une compagnie fédérale et sans égard à la nature de ses activités relèvent exclusivement du pouvoir fédéral. Sur ces problèmes bien classiques en droit constitutionnel canadien, voir notamment: B. Laskin, *Canadian Constitutional Law*, Carswell, 1969, pp. 567-602; Ziegel, *Constitutional Aspects of Canadian Companies*, dans J.S. Ziegel (éd.), *Études sur le droit canadien des compagnies*, Butterworths, 1967, p. 149.

(21) On pourrait citer de nombreuses lois actuellement existantes au Canada et qui répondent à des nécessités de ce genre. À titre d'exemples empruntés à la seule législation du Québec: art. 1632c du *Code civil* sur la langue du contrat de transport; art. 51 du Code du travail (S.R.Q. 1964, ch. 141) sur la langue des conventions de travail; *Règlement sur les aliments*, n° 683, 15 avril 1967, *Gazette officielle du Québec*, vol. 99, p. 2507, art. 38, sur l'obligation d'étiqueter en langue française tout produit alimentaire. Pour un inventaire complet: Sheppard, *op. cit.*, note 1.

(22) Art. 92,13 *A.A.N.B.*

vent adopter des lois civiles, en matière de responsabilité par exemple, qui seront applicables même aux entreprises relevant de la compétence législative fédérale.⁽²³⁾ De la même façon, leur législation en matière de vente de valeurs mobilières gouvernera les ventes faites non seulement par les entreprises provinciales mais bien par toutes les entreprises, y compris celles fédérales, sur leur territoire.⁽²⁴⁾ Dans l'un et l'autre cas on dira que c'est de droit civil qu'il s'agit, d'où la validité et l'applicabilité générale des lois provinciales, qu'il faut qualifier comme lois civiles ou de protection du public et non comme lois relatives à l'activité, provinciale ou fédérale, de l'entreprise tombant sous leur empire. L'ampleur de cette compétence provinciale sur la propriété et les droits civils nous interdit de vouloir en donner ici une idée, même très approximative.⁽²⁵⁾ Mais l'extrême importance qu'elle a connue et l'abondante utilisation qu'on en a faite à ce jour en droit constitutionnel canadien nous obligent à poser la question: une loi provinciale générale sur l'usage d'une ou de plusieurs langues pourrait-elle être qualifiée comme une loi relative à la propriété et aux droits civils, applicable même aux secteurs d'activité relevant de la compétence législative du Parlement central?

Insistons tout de suite sur l'extrême complexité de la question qui précède, à laquelle il est fort difficile d'apporter une réponse globale. Aussi convient-il de faire état à nouveau de la pluralité de buts qu'une mesure législative d'ordre linguistique peut poursuivre et d'effets qu'elle peut entraîner.

S'agirait-il d'une loi imposant l'unilinguisme français dans l'ensemble des entreprises commerciales, industrielles et de services au Québec: il n'est pas douteux à notre avis qu'elle serait inapplicable aux entreprises et services relevant des compétences législatives du Parlement central. Certes on voudra faire valoir que les lois provinciales sur la responsabilité civile ou les accidents de travail ont déjà été jugées applicables à ces entreprises et services⁽²⁶⁾ et établir un parallèle entre celles-ci et une loi instituant l'unilinguisme français. Mais c'est là une

(23) Par exemple: *Workmen's Compensation Board c. C.P.R.*, (1920) A.C. 184; *C.P.R. c. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, (1899) A.C. 367. Notons toutefois la possibilité pour le Parlement central d'adopter aussi des lois de ce type, s'il s'avère que le requiert l'administration de l'entreprise relevant de sa juridiction; auquel cas la loi provinciale générale cède le pas devant la loi fédérale particulière. Voir à ce sujet: *Grand Trunk Railway Company of Canada c. A.G. Canada*, (1907) A.C. 65.

(24) Cela est établi par une jurisprudence nombreuse et constante. Pour un bilan de la question, voir: P.-F. De Ravel d'Esclapon, *Fondements constitutionnels d'une réglementation des valeurs mobilières au Canada*, (1968) 3 *Revue juridique Thémis*, p. 377.

(25) Pour une étude approfondie de cette compétence, voir: A. Tremblay, *Les compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils*, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1967.

(26) *Supra*, note 23.

avenue que dans l'état actuel du droit les tribunaux n'emprunteraient pas. Outre le fait qu'une loi instituant l'unilinguisme ne saurait être qualifiée comme loi civile au même titre qu'une loi sur la responsabilité ou les accidents de travail, il faut encore insister, suivant en cela une décision judiciaire récente,⁽²⁷⁾ sur le degré de contrainte qu'une telle mesure présenterait pour les entreprises ou activités fédérales en question. En l'occurrence, il est évident que son impact serait très marqué, notamment sur le fonctionnement interne des entreprises, le recrutement de leur personnel, leur politique de nomination et de promotion, etc. Dès lors nous avons peu d'hésitation à conclure que les cours déclareraient une mesure de ce genre inapplicable aux entreprises fédérales, de la même façon que la Cour Suprême du Canada a déclaré inapplicable à la compagnie de téléphone Bell la loi québécoise du salaire minimum et aux débardeurs du port de Toronto la législation ontarienne du travail.⁽²⁸⁾

Mais, dira-t-on, les provinces, par leurs compétences sur le droit civil et sur l'ordre public local,⁽²⁹⁾ n'ont-elles pas la responsabilité de protéger le public contre certains maux, qu'il s'agisse de sollicitations commerciales frauduleuses, de ventes de produits nocifs à la santé, de situations diverses mettant en péril la sécurité physique des citoyens, etc.? Certes tout cela est exact.⁽³⁰⁾ Toutefois on voit assez mal comment une loi instituant de façon générale l'unilinguisme français, tant dans la régie interne des entreprises que dans leurs rapports avec le public,

(27) *Commission du salaire minimum c. The Bell Telephone Company of Canada*, (1966) R.C.S. 767. Pour un raisonnement de la même inspiration, voir: *Re The Validity of the Industrial Relations and Disputes Investigation Act* (Stevedoring Case), (1955) R.C.S. 529. Insistons sur la nette tendance de la jurisprudence à statuer en fonction du principe de l'exclusivité des compétences, c'est-à-dire en l'occurrence à rendre inapplicables aux matières fédérales les lois provinciales, même civiles, quand ces lois sont susceptibles d'imposer une trop nette contrainte sur les matières ou entreprises fédérales en question. Voir par exemple: *Madden c. Nelson*, (1899) A.C. 626; *Campbell c. Comstock*, (1954) R.C.S. 207.

(28) C'est le sens des deux décisions judiciaires citées à la note précédente. *A fortiori* une telle mesure serait aussi inapplicable aux institutions et organismes gouvernementaux fédéraux. Sur l'application des lois provinciales à la Couronne fédérale, on pourra consulter les trois études citées *supra*, note 19.

(29) Art. 92,16 *A.A.N.B.*

(30) Les provinces ont une compétence certaine pour voir au maintien de l'ordre public «extérieur», par opposition aux questions de moralité ou d'opinion qui elles relèvent de la compétence fédérale sur le droit criminel (art. 91,27 *A.A.N.B.*). Notons que par le moyen de cette dernière compétence le Parlement fédéral est aussi habilité à légiférer pour des fins de sécurité, d'ordre, de santé et de paix publique. Voir: F. Chevrette, *Prolégomènes à l'étude de la notion de droit criminel en droit constitutionnel canadien*, (1969) 4 *Revue juridique Thémis*, p. 17.

pourrait être considérée comme répondant à un objectif de ce genre;⁽³¹⁾ compte tenu de la forte minorité anglophone du Québec, le bilinguisme anglais-français y répondrait bien mieux.⁽³²⁾ Dès lors, posons une nouvelle question: le Québec pourrait-il, dans un but de protection du public, imposer le bilinguisme anglais-français dans l'ensemble des entreprises commerciales, industrielles et de services sur son territoire? Ici encore il nous faut répondre qu'une telle exigence de bilinguisme au niveau de la régie interne des entreprises serait, tout autant qu'une exigence d'unilinguisme, inapplicable aux entreprises fédérales. C'est une quasi-certitude en effet que les tribunaux considéreraient cette question comme partie intégrante de l'entreprise même et comme devant relever de la même autorité législative que celle-ci, au même titre par exemple que le salaire minimum des employés ou les relations patronales-ouvrières y ayant cours.⁽³³⁾ Toutefois, il en irait peut-être différemment d'une exigence de bilinguisme pour leur publicité ou pour l'étiquetage de leurs produits.⁽³⁴⁾ Car outre le fait qu'en ce dernier cas c'est de protection du public en matière contractuelle qu'il s'agit et que les provinces ont une compétence indiscutable là-dessus, il faut encore observer la faiblesse traditionnelle de la compétence commerciale fédérale⁽³⁵⁾ dont on pourrait soutenir qu'elle permettrait

(31) Ce pourrait être le cas par exemple sur certains chantiers de construction où, l'ensemble des travailleurs étant francophones, la sécurité exigerait que les instructions soient données en français. Ainsi de cette loi de Colombie britannique exigeant que l'on parle et comprenne l'anglais pour faire métier de dynamiteur (*The Metalliferous Mines Regulations Act*, R.S.B.C., 1960, ch. 242, art. 15.5).

(32) Bien évidemment il ne s'agit pas ici d'une opinion politique. Il s'agit simplement d'observer que dans beaucoup de cas une loi instituant l'unilinguisme serait qualifiée moins aisément de loi visant à protéger le public qu'une loi instituant le bilinguisme.

(33) *Supra*, note 27.

(34) Dans cette perspective, le règlement du Québec sur l'étiquetage des produits alimentaires (*supra*, note 21) pourrait être considéré comme valide et applicable même aux produits de commerce interprovincial et international, étant donné le but de santé et de protection du public qu'on peut lui prêter. Il faut convenir cependant qu'une exigence générale de bilinguisme en matière de publicité, surtout celle faite sur les ondes de la radio et de la télévision ou dans les journaux serait selon nous d'une validité constitutionnelle plus douteuse, compte tenu d'une part de la compétence fédérale sur la radio et la télévision, au moins comme techniques de transmission, et d'autre part du fait qu'une annonce publicitaire a peut-être quelque chose de plus commercial en elle-même qu'un étiquetage, surtout si ce dernier n'est exigé que pour les produits alimentaires et en vue de préciser leur composition. Dès lors, dans le cas de publicité provenant d'autres provinces ou d'autres pays, il est possible que les cours y voient une matière de commerce interprovincial ou international, relevant au plan linguistique comme à d'autres plans de l'autorité du Parlement central. Voir: *Reader's Digest Association c. A.G. Canada*, (1966) B.R. 725. Toutefois, s'il s'avérait que l'exigence linguistique en matière publicitaire visait par exemple à protéger la santé du public (ex. publicité bilingue pour la vente de tabac, avec avertissement quant à sa nocivité), il se pourrait qu'une province ait compétence pour y pourvoir.

(35) Art. 91.2 A.A.N.B.

au pouvoir central d'imposer des exigences du même type pour les produits allant d'une province à l'autre;⁽³⁶⁾ mais à défaut par lui de ce faire, on peut avancer qu'une province le pourrait aussi, même pour les produits importés d'autres provinces ou de l'étranger et consommés sur son territoire.⁽³⁷⁾

On aura remarqué dans ce qui précède jusqu'à quel point le droit constitutionnel est peu enclin à qualifier une mesure linguistique en elle-même mais bien plutôt d'après le but qu'elle poursuit ou l'effet qu'elle entraîne et qui dans la majorité des cas n'est pas d'ordre linguistique mais se trouve relié à des objectifs d'administration de l'entreprise, de sécurité, de protection du public, de travail et d'emploi, etc. Pourtant la question se pose, qu'il nous faut aborder de front: un droit linguistique, entendu au sens que nous allons dire, n'a-t-il pas une nature assez particulière pour se mériter une qualification en quelque sorte autonome et être rattaché à une compétence appropriée de l'un ou l'autre ordre de gouvernement? Qu'est-ce à dire?

Imaginons un Français accusé d'un crime devant un tribunal d'Angleterre. Est-ce pour lui un droit proprement linguistique que le droit aux services d'un interprète, qui lui traduira en français le procès le concernant et en anglais son propre témoignage?⁽³⁸⁾ Bien moins qu'un droit proprement linguistique, c'est pour lui le droit à un procès juste et équitable, comme le serait pour le sourd-muet le droit à l'assistance d'un interprète d'un autre genre. Et s'il fallait qualifier ce droit à des fins constitutionnelles, c'est à la procédure criminelle et aux garanties individuelles fondamentales en cette matière qu'il y aurait lieu de le rattacher et non aux droits linguistiques proprement dits. En l'occurrence, ce n'est pas tant de s'exprimer dans une certaine langue qu'il s'agit que de comprendre le déroulement du procès qui se tient et d'y être entendu, en sorte qu'on est en présence d'un droit de type individuel, ressortissant aux principes de simple justice naturelle. À l'opposé, imaginons le cas du Québécois francophone qui prétend avoir droit de travailler dans sa langue. S'il est vrai qu'il existe telle chose que le droit pour tout individu, où qu'il se trouve sur la

(36) Une réglementation de l'étiquetage ou de la publicité peut poursuivre un but de protection du public. Elle a aussi toutefois un aspect commercial certain. En conséquence et compte tenu de la compétence fédérale sur le commerce interprovincial et international, il nous semble certain que le pouvoir central pourrait statuer sur la langue d'étiquetage ou de publicité des produits circulant d'une province à l'autre. En pareil cas et conformément à la théorie constitutionnelle générale, sa réglementation aurait préséance sur celle d'une province, celle-ci devenant inopérante.

(37) Ceux-ci relevant par ailleurs de la compétence commerciale fédérale. Voir notamment: *Re Ontario Farm Products Marketing Act*, (1957) R.C.S. 198.

(38) Sur le droit à l'interprète au Canada, voir: C.-A. Sheppard, «*Droit à l'interprète*», (1964) 24 *Revue du Barreau du Québec*, p. 148; Sheppard, *op. cit.*, note 1, pp. 164 et suivantes.

planète, de comprendre le procès criminel où il est accusé et d'y être entendu, il n'existe pas telle chose que le droit de travailler dans sa langue, où que l'on puisse se trouver. Sans doute peut-on réclamer le droit au travail et la disparition de toute forme de discrimination, raciale, linguistique ou autre, dans l'emploi. Mais c'est tout autre chose de prétendre avoir droit de gagner sa vie dans sa langue, et l'on n'y saurait prétendre sans l'appui d'une certaine légitimité collective venant du fait que celui qui le réclame le fait comme membre d'un groupe linguistique ayant des droits à la survie et à l'épanouissement, en milieu de travail comme ailleurs, sur un territoire donné. D'où l'on perçoit aisément le fondement proprement collectif du droit linguistique, limité au secteur de la langue officielle ou entendu de façon générale. En l'absence de ce fondement collectif, ce n'est pas d'un droit linguistique qu'il s'agit, c'est d'autre chose, du droit à un procès juste et impartial ou du droit de se loger, de travailler, etc. sans avoir à faire face à aucune discrimination basée sur la langue ou sur quelque autre caractère sans rapport avec la nature et l'exercice du droit que l'on réclame. Ces droits peuvent avoir des incidences linguistiques, ce ne sont pas des droits linguistiques proprement dits.

Cela étant et compte tenu de la nature particulière du droit linguistique, on aura compris combien il est naturel que se fasse jour l'idée d'une qualification autonome de ce droit pour des fins constitutionnelles. Répétons-le: ce n'est jamais à titre individuel que l'on peut revendiquer le droit de gagner sa vie ou de communiquer avec les services publics dans sa langue; c'est toujours à titre d'individu membre d'une collectivité. Tout droit linguistique a la collectivité pour fondement; au surplus et du même coup c'est la survie et l'épanouissement culturels de celle-ci qu'il poursuit et non seulement ces objectifs plus immédiats et plus concrets de sécurité, d'accessibilité ou d'emploi dont il a été jusqu'à maintenant question. Ainsi le fondement collectif du droit linguistique et la finalité culturelle qu'il poursuit rendent nécessaire de se poser la question: une mesure législative qui vise à le protéger ne devrait-elle pas recevoir une qualification constitutionnelle autonome, axée sur ces derniers caractères et dissociée des buts plus immédiats qu'elle peut aussi viser?

Autant l'interrogation qui précède nous apparaît naturelle et fortement suggérée par les réalités, autant le droit constitutionnel canadien dans son état actuel sera peu enclin selon nous à y apporter une réponse positive. Sans doute à ce chapitre les leçons de l'histoire politique et constitutionnelle présentent-elles un singulier contraste avec les prescriptions du droit constitutionnel positif. En effet, l'histoire nous montre avec assez de netteté que l'article 92.13 *A.A.N.B.*, qui accorde comme on le sait compétence législative exclusive aux provinces en matière de propriété et de droits civils, fut perçu, en 1867 comme plus tard, comme la garantie par excellence de la survie culturelle du Québec dans l'ensemble politique

canadien majoritairement anglais.⁽³⁹⁾ Pourtant il n'est guère vraisemblable à notre avis que les tribunaux puissent jamais l'invoquer pour valider une loi québécoise en matière linguistique qui s'appliquerait à l'ensemble des activités ayant cours sur le territoire de la province. Dans l'état présent des choses, la dimension socio-culturelle des collectivités n'est l'apanage de ni l'un ni l'autre des deux ordres de gouvernement; c'est l'affaire de l'un et de l'autre, chacun devant théoriquement opérer dans les champs d'activité que lui dessine le texte de la constitution.⁽⁴⁰⁾ Pour la même raison, c'est notre avis que le pouvoir judiciaire n'envisagerait pas aisément de valider une telle loi sous l'autorité de la compétence résiduelle provinciale, au motif qu'elle réglerait une matière non énumérée au texte constitutionnel.⁽⁴¹⁾ L'on considérera plutôt la question linguistique et culturelle québécoise comme étant en dépendance des secteurs concrets d'activité où elle se pose et où l'on veut y porter remède, et la compétence législative à ce sujet suivra celle portant sur le secteur d'activité en question.

En résumé, nous croyons qu'au regard du droit le problème linguistique québécois présente une telle variété d'aspects et une si grande fluidité qu'on aurait sans doute beaucoup de mal à le faire accepter comme matière constitutionnelle autonome, pouvant recevoir une qualification spécifique en tant que matière de droit civil⁽⁴²⁾ ou matière d'intérêt local.⁽⁴³⁾ L'évolution, passée et présente, du droit constitutionnel au chapitre du partage de la puissance législative nous donne à croire que le pouvoir judiciaire qualifierait la plupart des mesures linguistiques comme accessoires au secteur d'activité où elles seraient destinées à trouver application, empêchant par conséquent le Québec de régler les usages linguistiques des entreprises et activités fédérales. On remarquera cependant que cette reconnaissance de la question linguistique en tant que question accessoire aurait aussi l'effet suivant: dans la mesure où l'on pourrait établir qu'une disposition législative

(39) Tremblay, *op. cit.*, note 25, pp. 19 et suivantes.

(40) Certes il est bien connu que par l'article 93 A.A.N.B. les provinces ont une compétence exclusive en matière d'éducation, et la jurisprudence a souvent affirmé que cette compétence devrait être interprétée dans un sens large. Mais on ne saurait soutenir que le terme *éducation* puisse être assimilé au terme *culture*, de façon à donner une compétence exclusive aux provinces en cette matière. Sur l'article 93 A.A.N.B. et sa portée, voir notamment: F. Chevette, H. Marx et A. Tremblay, *Les problèmes constitutionnels posés par la restructuration scolaire de l'île de Montréal*, Ministère de l'Éducation, Gouvernement du Québec, 1972; T. Giroux-Masse, *La Constitution canadienne et l'éducation dans une société moderne*, (1970) 3 *Revue juridique Thémis*, p. 367.

(41) Sur la reconnaissance d'une compétence résiduelle provinciale, prévue à l'article 92,16 A.A.N.B., voir notamment: *Re Ontario Farm Products Marketing Act*, (1957) R.C.S. 198, p. 212.

(42) Art. 92,13 A.A.N.B.

(43) Art. 92,16 A.A.N.B.

d'ordre linguistique viserait à garantir la sécurité du public contre certains maux de type extérieur,⁽⁴⁴⁾ elle pourrait devenir applicable aux entreprises et activités fédérales, au moins dans certains cas, dans la mesure même où le sont les diverses lois provinciales en cette matière.⁽⁴⁵⁾

Le développement qui précède nous aura mis à même de répondre maintenant avec plus d'aise aux questions particulières présentées sous la rubrique: Les options et leurs implications constitutionnelles. C'est ce à quoi nous nous appliquerons brièvement.

II – Les options et leurs implications constitutionnelles

Nous considérerons successivement le cas d'une loi du Québec instituant le bilinguisme officiel et l'unilinguisme officiel.

1. Bilinguisme officiel

Tel que proposé dans les questions soumises, voyons d'abord les implications constitutionnelles d'une mesure législative statuant en matière de langues officielles, pour considérer ensuite le cas d'une mesure législative à portée linguistique plus large.

(44) Par opposition, comme nous l'avons déjà noté, à des questions de moralité ou d'opinion. Signalons aussi qu'à notre avis certaines formes de dégradation linguistique et culturelle ne seraient pas identifiées par le pouvoir judiciaire à ces maux «extérieurs» sur lesquels les provinces ont compétence; d'où la faible possibilité d'une qualification constitutionnelle autonome pour la question linguistique au Québec.

(45) De façon générale les provinces ont compétence en matière de contrat civil (art. 92,13 *A.A.N.B.*); elles ont par conséquent compétence pour statuer sur la langue du contrat, surtout quand c'est pour une fin de protection du public. Voir: *Loi de la protection du consommateur*, L.Q., 1971, ch. 74, art. 4. Dans la mesure où les lois civiles générales des provinces en matière de contrat sont applicables aux entreprises fédérales, dans cette même mesure leur serait aussi applicable une loi du Québec rendant le français langue obligatoire dans les contrats. C'est la logique de la théorie de l'accessoire en matière linguistique. Toutefois il faut voir que certaines activités fédérales comportent par nature pour ainsi dire la conclusion de certains contrats. C'est le cas par exemple en matière de transport interprovincial et international (art. 92,10-a *A.A.N.B.*; cas du contrat de transport) ou en matière bancaire (art. 91,15 *A.A.N.B.*; cas du contrat de prêt et des garanties diverses). La tendance de la jurisprudence étant d'exclure l'application des lois civiles provinciales en ces matières, au motif qu'elles relèvent d'une compétence fédérale exclusive, il s'ensuivrait une impossibilité pour les provinces de statuer sur la langue du contrat dans ces cas. Dans cette perspective nous croyons d'ailleurs, avec d'autres auteurs (voir: Marx, *loc. cit.*, note 3, p. 248), que l'article 1682c du *Code civil* serait inapplicable aux entreprises de transport interprovincial et international, même en l'absence de loi fédérale à ce sujet.

a) Bilinguisme officiel proprement dit

Si l'on se reporte à tout ce qui précède, en particulier à la définition de la langue officielle comme la langue des institutions et organismes publics, il devient évident que le Québec pourrait parfaitement à notre avis instituer le bilinguisme officiel français-anglais au niveau provincial. Il lui serait d'autant plus aisé d'adopter une telle mesure qu'elle irait dans le même sens que l'article 133 *A.A.N.B.* Ce serait là une mesure législative qui compléterait cette disposition constitutionnelle pour les nombreux organismes publics dont cette dernière ne fait pas mention et qui serait en quelque sorte l'exact pendant provincial de la *Loi sur les langues officielles* adoptée par le Parlement fédéral il y a quelques années.⁽⁴⁶⁾

Observons seulement qu'une loi provinciale en ce sens ne devrait pas se contenter d'instituer sans autre définition l'anglais et le français comme langues officielles, mais devrait s'appliquer, un peu à la façon de la loi fédérale, à préciser le caractère, permissif ou obligatoire, des langues officielles, ainsi que leurs champs d'application. Car, comme on l'a souligné précédemment, il n'y a pas de définition consacrée du concept de langue officielle, de sorte qu'une simple consécration de principe serait source d'ambiguïtés et d'incertitudes.

b) Mesure linguistique à portée plus large

La situation à envisager ici serait celle où une loi statuerait non plus seulement sur les usages linguistiques des institutions et organismes publics mais aussi sur ceux de l'entreprise et de l'activité privées.

Rappelons qu'à notre avis une disposition législative provinciale en ce sens serait valide pour autant qu'elle pourrait se greffer sur une ou

(46) *Supra*, note 8. Un juriste a déjà fait valoir l'inconstitutionnalité de la loi fédérale sur les langues officielles au motif que l'article 133 *A.A.N.B.*, qui consacre le caractère officiel du français dans certaines institutions publiques, aurait aussi pour effet d'empêcher le Parlement central d'étendre son usage à d'autres institutions publiques fédérales. Voir: J.T. Thorson, *Proposed Official Language Act*, (1968) 16 Chitty's Law Journal, p. 325, et la réponse de P.E. Trudeau, (1969) 17 Chitty's Law Journal, p. 1. C'est une si étrange opinion qu'on ne s'y arrêtera pas, si ce n'est pour souligner qu'à ce compte c'est aussi bien l'anglais que le français dont il serait interdit d'étendre l'usage aux institutions non prévues à l'article 133 *A.A.N.B.* Au surplus, si on acceptait, on pourrait suggérer de façon non moins fantaisiste que le Québec, toujours en vertu de cet article, se verrait empêché pour sa part de consacrer le caractère officiel de l'anglais au-delà des institutions provinciales qu'il énumère. De toute évidence l'on doit plutôt tenir que l'article 133 *A.A.N.B.* a pour seul effet de constitutionnaliser le bilinguisme dans les secteurs qui y sont prévus, laissant pour le reste chaque ordre de gouvernement libre de légiférer comme il l'entend sur les questions linguistiques dans ses secteurs propres de compétence.

plusieurs matières relevant de la compétence législative des provinces. Au regard du droit constitutionnel, nous croyons que toute mesure linguistique serait qualifiée par le pouvoir judiciaire comme accessoire à quelque chose d'autre, sans être susceptible de recevoir une qualification autonome et de relever d'une compétence législative provinciale séparée. Pour dire les choses plus concrètement, ce n'est pas parce que la survie culturelle et linguistique du Québec peut en dépendre qu'on permettra à cette province de donner un statut général privilégié au français par rapport à l'anglais sur l'ensemble de son territoire. On peut le regretter ou s'en réjouir. Mais c'est notre avis que le droit constitutionnel, dans son état actuel, n'autorise pas un raisonnement de ce genre. La question linguistique et culturelle du Québec ne vient pas comme une question autonome à l'intérieur des catégories de ce droit. Elle y vient comme une question accessoire aux autres chefs de compétence, auxquels il faut tenter de la rattacher.

Pour qu'il en soit autrement, il faudrait, ou bien que le Québec sorte du cadre fédéral canadien, ou bien que les catégories actuelles de compétence soient modifiées de façon à donner à cette province le pouvoir de statuer sur les usages linguistiques sur son territoire ou plus solennellement sur les conditions de sa survie linguistique et culturelle, si tant est que l'on estime que c'est cela qui soit en jeu.

2. Unilinguisme officiel

Comme en matière de bilinguisme, examinons successivement les implications constitutionnelles d'une mesure instituant l'unilinguisme au seul niveau de la langue officielle d'abord, ensuite à un plus large niveau.

a) Unilinguisme officiel proprement dit

C'est essentiellement en regard de l'article 133 *A.A.N.B.* qu'une loi provinciale instituant l'unilinguisme officiel au Québec poserait des problèmes, du simple fait que cela irait à l'encontre du régime de bilinguisme officiel qui se trouve consacré par cette disposition. Or il arrive que si l'on prend pour acquis, comme nous croyons devoir le faire, que l'article 133 *A.A.N.B.* lie autant les provinces que le Parlement central,⁽⁴⁷⁾ la seule ques-

(47) En thèse contraire, on insisterait sur le fait que les dispositions de l'article 133 *A.A.N.B.* concernant le Québec feraient partie de la constitution de la province, sur laquelle celle-ci aurait compétence en vertu de l'article 92,1 *A.A.N.B.*, et qui ne lui auraient pas été soustraites alors qu'elles l'auraient été de la compétence du Parlement fédéral par l'effet de l'article 91,1 *A.A.N.B.* Pour une analyse approfondie des arguments, textuels et historiques, qui à notre avis rendent indiscutable le caractère fondamental de l'article 133 *A.A.N.B.*, même par rapport aux provinces, voir: Marx, *loc. cit.*, note 3, pp. 242 et suivantes; de Mestral et Fraiberg, *loc. cit.*, note 3.

tion pertinente qui demeure est celle de savoir quels sont exactement les institutions et organismes provinciaux qui y sont visés.⁽⁴⁸⁾ Pour le reste, le Québec demeurerait libre de statuer comme il l'entend en matière d'usages linguistiques au niveau des institutions et services publics provinciaux.⁽⁴⁹⁾

b) Mesure linguistique à portée plus large

Une mesure instituant l'unilinguisme en matière de langue officielle, tout en réservant un certain statut distinct à une deuxième langue,⁽⁵⁰⁾ ne présente aucune difficulté constitutionnelle particulière par rapport à celles analysées antérieurement. C'est pourquoi on suggère de se reporter à ce sujet aux développements qui précèdent.

Insistons cependant sur un dernier point. On pourra se surprendre de ce que, exclusion faite des contraintes imposées par le partage des compétences dicté par le fédéralisme, le droit constitutionnel canadien ne mette aucun obstacle à ce que l'autorité politique puisse statuer sur les usages linguistiques même dans les sphères de l'activité privée, et d'aucuns seraient certes tentés d'invoquer à ce sujet les libertés fondamentales pour prévenir de telles ingérences, à leur avis indésirables. À cet égard, une précision s'impose. Autant la légalité constitutionnelle s'opposerait selon nous à ce que soit mis en question le droit de tout individu de s'exprimer dans sa langue et d'œuvrer, par des initiatives libres et privées, à son

(48) La question qui se pose notamment est celle de savoir si les tribunaux administratifs, fédéraux ou québécois, tombent sous le coup de cette garantie de bilinguisme. Pour qu'il en soit ainsi, il faudrait accepter d'interpréter l'article 133 *A.A.N.B.* de façon très évolutive, pour le faire s'appliquer à des institutions que de toute évidence il ne visait pas au moment de son adoption. Or à notre avis, vu l'importance du principe de la souveraineté du parlement en droit constitutionnel canadien et vu le fait que l'article 133 *A.A.N.B.*, tout comme l'article 93 *A.A.N.B.*, en est un qui limite cette souveraineté, on doit en conclure qu'il appelle une interprétation restrictive dans les garanties qu'il établit. Sur l'interprétation constitutionnelle, en général et en référence particulière à l'article 93 *A.A.N.B.*, voir: Chevette, Marx et Tremblay, *op. cit.*, note 40, chapitre III.

(49) Sous réserve de certaines limites à sa compétence, même en pareille matière. C'est ainsi que, exclusion faite des garanties de bilinguisme dans les institutions judiciaires du Québec en vertu de l'article 133 *A.A.N.B.*, cette province peut aussi se voir empêchée de statuer sur les usages linguistiques en matière de procédure criminelle devant ses propres tribunaux, vu la compétence fédérale exclusive sur cette matière (art. 91,27 *A.A.N.B.*). Sur cette question, voir notamment: Marx, *loc. cit.*, note 3, pp. 254 et suivantes.

(50) On pense ici à la Suisse, qui connaît trois langues officielles, soit l'allemand, le français et l'italien, mais quatre langues nationales, soit les trois précédentes et le romanche. Signalons le caractère primordiallement symbolique de la notion de langue nationale, qui, à la différence de la notion de langue officielle, ne crée pas de droits linguistiques proprement dits au plan de l'administration publique. L'adoption du romanche en 1938 comme langue nationale de la Suisse aurait été surtout une mesure de reconnaissance et de soutien politiques et culturels. Voir notamment: K.D. McRae, *Switzerland: Example of Cultural Coexistence*, The Canadian Institute of International Affairs, 1964, p. 8.

maintien et son rayonnement,⁽⁵¹⁾ autant il nous semble assuré que l'autorité provinciale pourrait légalement et légitimement légiférer par exemple sur les usages linguistiques des entreprises privées relevant de sa compétence, de la même façon qu'elle le peut pour les autres conditions de travail. Et c'est en vain à notre avis qu'on parlerait de discrimination dans le cas d'une politique favorisant le français comme langue de travail, car la discrimination suppose la prise en considération de caractères, tels la race, le sexe ou l'origine nationale, sur lesquels leur porteur n'a aucun contrôle et dont la prise en considération s'avère sans justification rationnelle.⁽⁵²⁾ Ce ne serait pas le cas d'une politique visant à favoriser l'emploi d'une certaine langue, son apprentissage étant ouvert à tous et son statut privilégié s'expliquant par des motifs de conservation d'un patrimoine linguistique et culturel et de protection à accorder au groupe national qui en est l'héritier.

* * *

Voilà ce qui nous semble l'état du droit constitutionnel sur les questions qui nous ont été soumises et qui se trouvent reproduites au début de cette étude.

-
- (51) Voir par exemple la célèbre affaire *Chabot c. Les commissaires d'écoles de Lamorandière*, (1957) B.R. 707 où la cour n'a pas craint d'invoquer les principes fondamentaux et le droit naturel pour qu'un enfant ne soit pas tenu de suivre un enseignement religieux auquel ses parents s'opposent.
- (52) Voir: J.C. Smith, *Régina c. Drybones and Equality before the Law*, (1971) 49 La Revue du Barreau canadien, p. 163; J. Tussman et J. TenBroek, *The Equal Protection of Laws*, (1949) 37 California Law Review, p. 341.



(v) La compétence constitutionnelle et juridique pour instituer une langue ou des langues officielles au Québec.

Opinion de

**Pierre Patenaude
(Université de Sherbrooke)**

(v) Constitutional-Legal Competence as to Establishment of Official Language or Languages in Québec

Opinion of

**Pierre Patenaude
(University of Sherbrooke)**

Août 1972 August

Une certaine gradation existe dans le statut juridique des langues.

Ainsi, plusieurs constitutions négligent totalement de traiter du statut linguistique du pays; il n'en demeure pas moins que, de fait, ces États ont une langue officielle. Ainsi, le français en France, l'anglais en Angleterre et l'allemand en Allemagne sont, *de facto*, langues officielles.

Certains États se voient attribuer une ou des langues officielles par leur texte constitutionnel. Ce texte répond ordinairement à des difficultés linguistiques internes: on cherche alors à sécuriser les minorités importantes en déclarant officielle leur langue propre. Ainsi en est-il, par exemple, de la Suisse,⁽¹⁾ de l'Inde⁽²⁾ et de l'Afrique du Sud.⁽³⁾ Les langues mentionnées dans ces textes constitutionnels y jouissent d'une égalité parfaite.

Enfin, une Constitution peut spécifier des garanties linguistiques sectorielles en y prévoyant la protection de certaines langues dans des domaines très précis et déterminés, sans aucune mention à la notion de langue officielle.

C'est le cas du Canada et du Québec qui doivent respecter la langue de leurs minorités respectives au niveau de la Législature, des tribunaux et dans la rédaction des lois:

«Between total exclusion of a minority language from public life and its recognition as an official language on a basis of complete equality with that of the dominant group, there are many interme-

(1) **Article 116.** «L'allemand, le français, l'italien et le romanche sont les langues nationales de la Suisse. Sont déclarées langues officielles de la Confédération: l'allemand, le français et l'italien.»

(2) **Art. 343.** (1) The official language of the Union shall be Hindi in Devanagari script. The form of numerals to be used for official purposes of the Union shall be the international form of Indian numerals.

(2) Notwithstanding anything in clause (1), for a period of fifteen years from the commencement of this Constitution, the English language shall continue to be used for all the official purposes of the Union for which it was being used immediately before such commencement: Providing that the President may, during the said period, by order authorise the use of the Hindi language in addition to the English language and of the Devanagari form of numerals in addition to the international form of Indian numerals for any of the official purposes of the Union.

(3) Notwithstanding anything in this article, Parliament may by law provide for the use, after the said period of fifteen years of —

a) the English language

b) the Devanagari form of numerals

for such purposes as may be specified in the law.

(3) **Art. 137.** Both English and Dutch languages shall be official languages of the Union, and shall be treated on a footing of equality, and possess and enjoy equal freedom, rights and privileges; all records, journals, and proceedings of Parliament shall be kept in both languages and all bills, acts and notices of general public importance or interest issued by the government of the Union shall be in both languages.

diary stages. The right to be understood may be limited to certain domains, political assemblies, or courts, for example, or to certain geographical areas. (...)

The Canadian Constitution (art 133 of the British North America Act) is more generous than the Italian Constitution of 1848, although it has no provision obliging a reply in the language of the question in oral debates in Parliament. At the Dominion level Canada makes French one of the two working languages of Parliament, and provides also that it can be used in federal courts. But it fails to make French the official language of the state. That language is not, constitutionally, the language of the government or of the administration.»⁽⁴⁾

La langue anglaise, au Québec, et française, au niveau fédéral, n'ont pas le statut d'officielles, elles n'y sont que «sectorielles»: seuls certains secteurs de la vie étatique doivent être bilingues.

L'Acte de l'Amérique du Nord britannique ne fait aucune mention explicite à une ou deux langues officielles pour le Canada: seuls y sont prévus certains droits linguistiques, d'ailleurs très limités, à l'article 133:

«133. Dans les Chambres du Parlement du Canada et de la législature du Québec, chacun pourra, dans les débats, faire usage de la langue anglaise ou de la langue française; mais les registres et les procès-verbaux des Chambres susdites devront être tenus dans ces deux langues. Dans tout procès porté devant un tribunal du Canada établi en vertu de la présente loi ou devant un tribunal du Québec, chacun pourra faire usage de l'une ou de l'autre de ces langues dans les procédures et les plaidoyers qui y seront faits ou dans les actes de procédure qui en émaneront.

Les lois du Parlement du Canada et de la législature du Québec devront être imprimées et publiées dans l'une et l'autre de ces langues.»

Le texte même de cette disposition constitutionnelle affiche la portée restreinte de cette garantie linguistique: l'administration publique en général, les communications entre l'État et les citoyens, l'administration municipale et scolaire n'y sont aucunement soumises.⁽⁵⁾ La vie écono-

(4) J.A. Laponce, *The Protection of Minorities*, University of California Publications in Political Science, vol. 9, U. of C. Press, Los Angeles 1960, 236 pp. à la page 56.

(5) C.-A. Sheppard, *The Law of Languages in Canada*, Études de la commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, p. 100.

Armand-L.-C. de Mestral and William Fraiberg — *Language guarantees and the Power to Amend the Canadian Constitution*, 1966-67, 12 McGill L.J. 502 (aux pages 505-506).

Lettre du Premier Ministre P.E. Trudeau à l'Hon. Juge Thorson (1969) 17 Chitty's Law Journal 1.

LA SITUATION DE LA LANGUE FRANÇAISE AU QUÉBEC

ue et sociale pourrait être unilingue: le bilinguisme n'est obligatoire que dans les registres et procès-verbaux de l'Assemblée nationale, et les lois qui en émanent, optionnel que pour les discours à l'Assemblée et devant les tribunaux établis par notre Constitution ou québécois. Le Québec pourrait donc réglementer la langue d'usage sans porter atteinte à l'article 133.

Il pourrait même, à notre avis, déclarer le français langue officielle du Québec sans atteintes à l'article 133: il suffirait de conserver textuellement les garanties linguistiques prévues à cette disposition. En effet, depuis l'arrêt MacKell⁽⁶⁾, il semble que ledit article n'impose aucune langue officielle, mais rien que les garanties y spécifiquement mentionnées.

En faisant un pas de plus, nous soumettons que le Québec, par une simple loi, pourrait déclarer unilatéralement qu'il ne sera plus soumis désormais aux impératifs de l'article 133.

1. L'article 133 ne crée pas le bilinguisme officiel au Québec.

L'Acte de l'Amérique du Nord britannique, étant une loi du Parlement britannique, doit être interprété selon les règles applicables aux statuts anglais⁽⁷⁾. Or, tout statut anglais doit être interprété restrictivement:

-
- (6) *Trustees of the Roman Catholic Separate Schools for Ottawa v. MacKell*, (1917) A.C. 65.

Dans cette affaire, le Comité judiciaire du Conseil Privé rejeta l'argument que l'usage du français était un «*natural right vested in the French speaking population*» (p. 74) et affirma que les articles 93 et 133 de l'A.A.N.B. n'offraient aucune garantie autre que celles qu'on y lisait.

- (7) Jennings, *Constitutional Interpretation — The Experience of Canada* (1937) 51 Harv. L. Rev. 1 (35).

«*It has been assumed throughout this paper that the B.N.A. Act was a British statute to be interpreted like other statutes. This assumption is that of the Judicial Committee itself, though the experience of the United States and Australia shows that it need never have been adopted. Any other assumption would however have been impossible to a body of judges who began interpreting the Canadian Constitution in «Little England» days.*

Bank of Toronto v. Lambe (1887) 12 App. Cas. 575.

(579) «*Questions of this class have been left for the decision of the ordinary Courts of Law, which must treat the provisions of the (B.N.A.) Act in question by the same methods of construction and exposition which they apply to other statutes.*

O'Connor, *Report to the Senate of Canada on the British North America Act* (1939) Annex 1, pp. 21-22.

«*In my opinion, almost all cases decided since early in the nineties and involving s. 91 and 92 deviate from the text of the (B.N.A.) Act. Being a statute, nearly all rules relative to the interpretation of statutes in general apply to it.*

on y présume toujours que, sauf mention expresse, les usages de Common Law ne furent pas modifiés:

«Few principles of statutory interpretation are applied as frequently as the presumption against alterations in the Common Law. It is presumed that the legislature does not intend to make any change in the existing law beyond that which is expressly stated in, or follows by necessary implication from, the language of the statute in question. It is thought to be in the highest degree improbable that Parliament would depart from the general system of law without expressing its intention with irresistible clearness, and to give any such effect to general words merely because this would be their widest, usual, natural or literal meaning would be to place on them a construction other than that which Parliament must be supposed to have intended»⁽⁸⁾.

Or, en 1867, l'usage voulait que le français fût langue nationale du Québec, avec certaines restrictions quant au bilinguisme parlementaire.

En effet, dès avril 1766, le procureur général du royaume, William De Grey, et le solliciteur général, C. York, donnaient à la Couronne l'opinion suivante:

«Il n'y a pas une maxime de droit coutumier plus certaine que celle qui déclare qu'un peuple conquis conserve ses anciennes coutumes jusqu'à ce que le conquérant introduise de nouvelles lois. On ne peut entreprendre de changer subitement les coutumes établies dans un pays sans avoir recours à l'oppression et à la violence: c'est pourquoi les conquérants sages, après s'être assurés de la possession de leur conquête, agissent avec douceur et permettent à leurs sujets conquis de conserver toutes leurs coutumes locales, inoffensives de leur nature, et qui ont été établies comme règles à l'égard de la propriété ou qui ont obtenu force de loi. Il est essentiel d'en agir ainsi à l'égard du Canada, parce que c'est une ancienne et grande colonie, depuis longtemps peuplée et cultivée par des sujets français qui s'y trouvent aujourd'hui au nombre de 80 à 100 mille»⁽⁹⁾.

En 1774, l'arrêt *Campbell v. Hall*⁽¹⁰⁾ venait consacrer cette opinion. On y déclarait que:

(8) *Maxwell on Interpretation of Statutes*, 12th ed., London, Street and Maxwell, (1969), p. 116.

(9) Cité dans *Cahiers des Dix*, n° 6, Montréal 1941, par Maréchal Nantel, pp. 151-152.

(10) (1774) 1 COWP. 204; 98 E.R. 1045.

Traduction: H. Marx, *Droit constitutionnel, jurisprudence, notes et documents*, Presses de l'Université de Montréal, 1970.

«4. La loi et la législation de toute possession concernant au même degré les personnes et la propriété renfermées dans les limites de celle-ci et constituent la vraie règle sur laquelle doivent être basées toutes les décisions à l'égard des questions à résoudre dans cet endroit. Quiconque achète, poursuit ou réside dans les limites de ladite possession, est régi par les lois de cette dernière et se trouve sur le même pied que ses habitants. Un anglais résidant en Irlande, dans l'île de Minorque, dans l'île de Man ou dans les plantations, ne jouit d'aucun privilège distinct de ceux des natifs aussi longtemps qu'il demeure dans l'un de ces endroits.

5. Les lois d'un pays conquis restent en vigueur jusqu'à ce qu'elles soient modifiées par le vainqueur (...).»

La même année, l'*Acte de Québec*, étant muet sur la question des langues, «laissa le français dans son statu quo de langue officielle de fait, de langue en possession d'état»⁽¹¹⁾.

Lorsque, en 1791, on divisa le pays en deux provinces, on légalisa un état de fait: le Haut-Canada anglo-saxon protestant refusait d'être soumis à un Bas-Canada francophone et catholique. Le discours de Pitt aux Communes de Londres le 4 mars 1791 fut éloquent à ce sujet: *le Bas-Canada demeurerait français de langue*⁽¹²⁾.

Ce ne fut que par un vote de l'Assemblée du Bas-Canada que la langue anglaise fut choisie comme seule officielle pour les textes de loi statutaire⁽¹³⁾.

(11) F.-A. Angers, *Les droits du français au Québec*, Éd. du Jour, (1971), 189 pp. à la page 33.

(12) Discours de Pitt aux Communes le 4 mars 1791:

«Le premier grand objet en vue est de diviser la province en deux sections, sous les noms de Haut et de Bas-Canada (celui-là pour les colons anglais et américains, celui-ci pour les Canadiens), et de donner à chacune une législature locale. Cette division, nous l'espérons, pourra être faite de manière à donner à chacun de ces éléments une grande majorité dans sa section, car il n'est pas possible de tirer une ligne de séparation parfaite ... Les inconvénients que l'on peut craindre de la circonstance que des Canadiens se trouveront compris dans le Haut-Canada et des immigrants britanniques dans le Bas-Canada trouveront leur remède dans la législature qui sera instituée dans chaque province...

En divisant la province en deux, les causes actuelles de controverse disparaîtront, et, autant que les circonstances le permettent, les habitants de cette colonie auront tous les bienfaits de la constitution britannique. Dans le Bas-Canada, comme les résidents sont principalement des Canadiens, leur assemblée, etc. sera adaptée à leurs coutumes et à leurs idées propres. Le Haut-Canada étant presque uniquement peuplé par des immigrants de la Grande-Bretagne ou de l'Amérique, la religion protestante sera la religion établie et les habitants de la province auront la jouissance des lois de tenure anglaise.»

Chapais, *Cours d'Histoire du Canada*, tome II, pp. 20-21.

(13) Chapais, *op. cit.*, pp. 78-79.

L'Union vint assombrir la situation lorsqu'on décréta, entre autres, que la langue anglaise serait désormais la seule langue officielle des documents parlementaires⁽¹⁴⁾. Cependant, dès 1844, il y avait retour au bilinguisme parlementaire⁽¹⁵⁾ et Londres sanctionnait ce fait en 1848⁽¹⁶⁾.

Or, nous devons toujours nous souvenir du fait qu'un statut de Common Law doit toujours être interprété restrictivement et ne peut, en conséquence, modifier un état de fait que lorsqu'il le mentionne clairement. La langue officielle au Québec en 1867 est donc le français et seul le domaine parlementaire y est obligatoirement bilingue. C'est cette situation qui sera consacrée par l'article 133 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

2. Portée juridique de l'article 133.

L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1949 (N° 2) a eu comme effet indirect de consacrer la portée bivalente de cet article⁽¹⁷⁾. En effet, selon que cette disposition s'applique au fédéral ou au Québec, son effet sera différent.

A. Le Parlement fédéral ne peut la modifier unilatéralement

En effet, cette obligation constitutionnelle doit être respectée par le législateur fédéral puisque l'article premier de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1949 (N° 2) l'y contraint textuellement⁽¹⁸⁾.

(14) Act of Union, 3-4 Vict. c.35 a.41.

«Depuis et après la réunion desdites deux provinces, tous ordres, proclamations, instruments pour mander et convoquer le Conseil législatif et l'Assemblée législative de la province du Canada, et pour les proroger et les dissoudre, et tous ordres de sommation et d'élection, et tous ordres et instruments publics quelconques relatifs audit Conseil législatif et à ladite Assemblée législative, ou à aucun de ces corps et tous rapports de tels ordres et instruments, et tous journaux, entrées et procédés, écrits ou imprimés, dudit Conseil législatif ou de ladite Assemblée législative, et de chacun de ces corps respectivement, de quelque nature qu'ils soient, et tous procédés et rapports de Comités écrits ou imprimés dudit Conseil législatif et de ladite Assemblée législative, seront dans la langue anglaise seulement...»

(15) C.-A. Sheppard, *The Law of Languages in Canada*, op. cit., p. 58.

(16) 1848, 11-12 Vict. c. 56 (G.B.).

(17) 13 Geo. VI, chap. 81.

(18) «Art. 1. L'article quatre-vingt-onze de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* (1867) est modifié par la désignation de la catégorie 1 comme catégorie 1A et par l'insertion, immédiatement avant cette catégorie, de la catégorie 1 suivante:

«1. La modification, de temps à autre, de la constitution du Canada, sauf en ce qui concerne les matières rentrant dans les catégories de sujets que la présente loi attribue exclu-

B. Application différente au Québec

Aucune disposition constitutionnelle semblable ne contraint le législateur québécois. En effet, l'article 92, paragraphe 1, permet aux provinces de modifier leur constitution interne. Une seule limite à ce pouvoir souverain: l'obligation de respecter la fonction de lieutenant-gouverneur. Contrairement à la restriction imposée au Parlement fédéral, aucun texte ne limite la province quant à sa situation linguistique.

Nous devons donc, dans un premier temps, nous demander si la question des langues parlées et écrites à la législature québécoise est du ressort de la Constitution interne de la province. Si la réponse est affirmative, dans un second temps, nous verrons que la législature québécoise pourrait décider de ne plus être soumise à l'article 133.

Il appert que le statut des langues anglaise et française au Parlement fédéral fut considéré comme une question de constitution interne fédérale, modifiable unilatéralement par le pouvoir central jusqu'en 1949. Le ministre de la Justice de l'époque, l'honorable M. St-Laurent, se fit le porte-parole des tenants de cette thèse⁽¹⁹⁾; il fut d'ailleurs appuyé par le professeur MacGregor Dawson⁽²⁰⁾.

Il semble que cette théorie ait été acceptée en haut lieu puisque, pour protéger le bilinguisme parlementaire au fédéral, on a jugé essentiel, par l'amendement constitutionnel de 1949, d'enlever au Parlement cette possibilité d'altérer l'article 133.

sivement aux législatures des provinces, ou en ce qui concerne les droits ou privilèges accordés ou garantis, par la présente loi ou par toute autre loi constitutionnelle, à la législature ou au gouvernement d'une province, ou à quelque catégorie de personnes en matière d'écoles, ou en ce qui regarde l'emploi de l'anglais ou du français, ou les prescriptions portant que le Parlement du Canada tiendra au moins une session chaque année et que la durée de chaque Chambre des Communes sera limitée à cinq années, depuis le jour du rapport des brefs ordonnant l'élection de cette chambre; toutefois, le Parlement du Canada peut prolonger la durée d'une Chambre des Communes en temps de guerre, d'invasion ou d'insurrection, réelles ou appréhendées, si cette prolongation n'est pas l'objet d'une opposition exprimée par les votes de plus du tiers des membres de ladite Chambre.»

- (19) *Débats de la Chambre des Communes*, 18 juin 1946, pp. 2541-42: «Encore une fois, la Constitution attribue la souveraineté au Parlement en certains domaines et aux législatures provinciales en certains autres; les pouvoirs attribués aux législatures provinciales ne relèvent d'aucune façon du Parlement qui ne peut y toucher sans le consentement des intéressés. Mais lorsqu'il s'agit des pouvoirs attribués au Parlement, le Parlement a le droit de les exercer sans demander le consentement des provinces et sans se soumettre à la surveillance d'une assemblée législative provinciale. Ici se présente la question que m'a posée l'honorable député de Calgary Ouest (M. Smith): Que dites-vous de l'article 133? (...) La Question peut-elle être réglée sans le consentement des législatures provinciales? Au point de vue juridique, je dis qu'elle le peut».
- (20) MacGregor Dawson, *The Government of Canada*, 3th ed., U. of T. Press, (1957), p. 146. «The legal and conventional position as it exists today was accurately stated by Mr. St-Laurent, the Minister of Justice.»

Puisque la question du statut des langues parlées et écrites au Parlement fédéral ressortissait de la Constitution interne fédérale et ne fut protégée que grâce à l'exception prévue à l'article 91, paragraphe 1, par analogie, il découle nécessairement que le statut linguistique de notre Parlement québécois touche à la constitution interne du Québec et peut être modifié unilatéralement par notre législature selon les termes mêmes de l'article 92, paragraphe 1.

Cette modification unilatérale fut d'ailleurs appliquée par le Manitoba lorsque sa législature opta pour l'unilinguisme anglais⁽²¹⁾ et ce, malgré l'article 23 de l'Acte du Manitoba⁽²²⁾. Or, il appert que l'obligation imposée au Manitoba était la même que celle incluse à l'article 133 et avait même portée constitutionnelle⁽²³⁾.

Pour plus de certitude, trois arguments supplémentaires viennent étayer cette thèse:

- Il est de connaissance générale que la Constitution britannique n'est pas formelle et qu'en conséquence aucune formalité spéciale n'est requise pour la modifier.

Or, l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867 transposait, sauf exceptions, la Constitution britannique aux institutions politiques canadiennes⁽²⁴⁾.

Il ressort, en conséquence, que les lois constitutionnelles canadiennes sont modifiables par simple vote majoritaire des députés de la législature concernée, sauf exceptions. Que, comme l'article 133 ne spécifie pas qu'il faille suivre des normes spéciales pour le modifier et que l'article 92, paragraphe 1, permet aux provinces de modifier leur constitution avec une seule exception, celle concernant le rôle du Lieutenant-gouverneur, il s'ensuit que la Législature québécoise pourrait devenir unilingue.

(21) *An Act to provide that English Language shall be the Official Language of the Province of Manitoba*, (1954) S.R.M. 187.

(22) *Acte du Manitoba*, (1870) 33 Vict. ch. 3.

(23) F.R. Scott, *Civil Liberties and Canadian Federalism*, Toronto U. of T. Press, (1959), p. 32. «It has always seemed to me that Manitoba was placed on the same footing as Québec, and that if the Manitoba law of 1890 establishing English as the sole official language was valid, then there is no security for the English language in my province.»

Armand-L.-C. de Mestral et William Fraiberg, *Language Guarantees and the Power to Amend the Canadian Constitution*, (1966), 12 McGill L.J., 502 (512).

Herbert Marx, *Language Rights in the Canadian Constitution*, (1967) 2 R.J.T. 239 (273). Les Anglo-Saxons considèrent que le droit constitutionnel évolue par les précédents et que ces derniers, lorsque non contestés, ont force de loi. Pourrait-il y avoir deux principes constitutionnels différents pour le Manitoba et le Québec?

(24) *Préambule de l'A.A.N.B.* de 1867.

- De plus, le grand principe de la souveraineté parlementaire fut incorporé à notre Constitution par le préambule de l'*A.A.N.B.*; selon les techniques d'interprétation du droit constitutionnel anglais, toute exception à ce principe doit être appliquée restrictivement. Or, tandis que l'*A.A.N.B.* de 1949 limitait textuellement le fédéral dans sa politique linguistique, l'*A.A.N.B.* de 1867, par le biais de l'article 92, paragraphe 1, laissait les provinces souveraines en ce domaine. Ce n'est certes pas implicitement que ce pouvoir pourrait être limité⁽²⁵⁾. En effet, une règle fondamentale du droit constitutionnel anglais spécifie que le principe de la souveraineté parlementaire ne doit pas être battu en brèche implicitement. De plus, les règles selon lesquelles l'*Acte de l'Amérique du Nord*, comme tout statut, doit être interprété restrictivement, ne permettent pas de limiter un principe constitutionnel aussi fondamental que celui de la souveraineté.
- Enfin, l'article 92, paragraphe 1, permet aux provinces de modifier leur constitution et ce, nonobstant toute autre disposition de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

N'est-il pas alors permis de croire que cette clause nonobstante permet à la législature concernée de modifier à son gré l'article 133? Si on avait voulu protéger cette obligation au bilinguisme, n'aurait-on pas ajouté une clause similaire dans la phraséologie de l'article 133?⁽²⁶⁾

C'est d'ailleurs grâce à cette clause nonobstante que la législature québécoise a rendu désuets les articles 72 à 79 concernant le Conseil législatif et la partie de l'article 80 concernant les circonscriptions électorales privilégiées. Elle a de plus, récemment, modifié l'obligation au serment d'allégeance (a. 128).⁽²⁷⁾ Pourquoi l'article 133 aurait-il un statut particulier?

3. L'article 93 et la langue des écoles.

Certains pourraient être portés à croire que l'article 93 consacre le droit à l'école anglaise ou française dans notre province: il n'en est rien!

(25) A contrario vide: H. Marx, *op. cit.*, p. 242.

«Whereas the restriction on the Federal Parliament to alter s. 133, the same hindrance applies to the Québec Legislature in which case the restriction is implicit.»

(26) De Mestral et Fraiberg, *op. cit.*, p. 512.

(27) J.-Y. Morin, *Le serment d'allégeance à la reine, l'Assemblée nationale pourrait modifier seule l'article 128*, *Le Devoir*, vendredi 19 juin 1970, p. 5

Il est de connaissance générale que les législatures provinciales ont juridiction exclusive dans le domaine de l'éducation. Elles doivent cependant respecter les limites apportées à cette toute-puissance par l'article 93 de l'*A.A.N.B.* de 1867.

Cet article s'énonce comme suit:

«Dans chaque province et pour chaque province, la législature peut exclusivement édicter des lois sur l'enseignement, sous réserve et en conformité des dispositions suivantes:

(1) Rien dans une telle législation ne doit porter préjudice à un droit ou privilège que la loi, lors de l'Union, attribue dans la province à une classe particulière de personnes quant aux écoles confessionnelles;

(2) Tous les pouvoirs, privilèges et devoirs conférés ou imposés par la loi aux écoles séparées et aux commissaires d'écoles des sujets catholiques romains de la Reine dans le Haut Canada, lors de l'Union, doivent être et sont par les présentes étendus aux écoles dissidentes des sujets protestants et catholiques romains de la Reine dans la province de Québec:

(3) Si, dans quelque province, un système d'écoles séparées ou dissidentes existe, en vertu de la loi, lors de l'Union, ou est dans la suite établi par la législature de la province, un appel au Gouverneur général en conseil est recevable contre tout acte ou toute décision d'une autorité provinciale influant sur un droit ou privilège de la minorité protestante ou catholique romaine des sujets de la Reine en matière d'enseignement.

(4) Si telle loi provinciale que le Gouverneur général en conseil estime requise, à l'occasion, pour l'exécution voulue des dispositions du présent article, n'est pas édictée, ou si une décision rendue par le Gouverneur général en conseil sur un appel prévu par le présent article n'est pas dûment exécutée par l'autorité provinciale compétente à cet égard, alors, dans chaque cas de cette nature et dans la seule mesure exigée par les circonstances de l'espèce, le Parlement du Canada peut édicter des lois réparatrices pour l'exécution voulue des dispositions du présent article et de toute décision du Gouverneur général en conseil aux termes de cet article.»

Il ressort des termes mêmes de cette disposition que cette protection constitutionnelle ne concerne aucunement les minorités linguistiques mais bien les groupes religieux, catholique et protestant⁽²⁸⁾. Seules les

(28) *Ottawa Separate School Trustees v. MacKell*, (1917) A.C. 62. *Hirsch v. Protestant School Commissioners of Montréal*, (1929) A.C. 200. Robert Senay, *Le sens des articles 93 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique (1867) et 22 de l'Acte du Manitoba*, (1968) 3 R.J.T. 197 (aux pp. 204-206).

écoles confessionnelles sont protégées par l'article 93 de notre Constitution: les droits linguistiques n'y trouvent aucune protection légale.

On pourra soutenir que, sous-jacentes à la protection religieuse, on désirait garantir les libertés linguistiques et que les Pères de la Confédération considéraient ce point comme essentiel au pacte initial.

Plusieurs soutiendront que «*les écoles de langue anglaise sont, pour leur part, assurées des titres à l'existence qu'on ne saurait songer aujourd'hui à contester*»⁽²⁹⁾.

Il se peut, en effet, qu'une constante existence d'écoles anglophones donne à ces institutions une force morale et rende plus laborieuse la justification de leur abolition pure et simple. Il n'en demeure pas moins que cette reconnaissance historique, mais non constitutionnelle, ne pourrait bloquer la législature provinciale dans son désir de créer un système scolaire unilingue.

En effet, la toute-puissance des législatures provinciales, à l'intérieur de leurs compétences respectives, est un des points cardinaux du droit constitutionnel canadien⁽³⁰⁾ et tout droit ou privilège, à moins d'être expressément protégé par la constitution canadienne, peut être aboli ou modifié par une législature compétente:

«*There are no rights possessed by the citizens of Canada which cannot be modified by either Parliament or the Legislatures...*»⁽³¹⁾.

D'ailleurs, le droit constitutionnel britannique, dont nous avons hérité, avait déjà spécifié que les tribunaux ne peuvent discuter la sagesse ou annuler une loi valablement adoptée et sanctionnée.⁽³²⁾

(29) Le Devoir, 17 mai 1966, p. 4.

(30) *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver General of New Brunswick*, (1892) A.C. 437.

Florence Mining Co. v. Cobalt Lake Mining Co. (1908) 180 L.R. 275 (p. 279).

(31) *Saumur v. A.G. for Québec*, (1953) 2 S.C.R. 384 (in fine) *Attorney General of Ontario v. Attorney General of Canada*, (1912) A.C. 371.

«*A court of law has nothing to do with a Canadian Act of Parliament lawfully passed, except to give it effect according to its tenor.*»

(32) *Lee v. Bude and Torrington Ry.*, (1871) L.R. 6 C.P. 576 (582).

«*We do not sit here as a Court of Appeal from Parliament... If an Act of Parliament has been obtained improperly, it is for the legislature to correct it by repealing it; but, so long as it exists as law, the Courts are bound to obey it.*»

Edinburgh and Dalbeith Ry. Co. v. Wanchope, (1842) C.L.F. 710 (725). Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed., London, MacMillan & Co. (1965).

(P. 40) «*There is no person or body of persons who can, under the English Constitution, make rules which override or derogate from an Act of Parliament, or which will be enforced by the courts in contravention of an Act of Parliament.*»

(P. 68) «*Parliamentary sovereignty is therefore an undoubted legal fact. It is complete both on its positive and on its negative side. Parliament can legally legislate on any topic whatever which, in the judgment of Parliament is a fit subject for legislation.*»

Enfin, deux arrêts du Comité judiciaire du Conseil privé ont, à notre avis, réglé cette question:⁽³³⁾ les lords y consacrèrent l'inapplicabilité de l'article 93 aux litiges linguistiques.

4. Les options et leurs implications constitutionnelles.

Nous venons de voir que le Québec n'est pas lié par l'article 133 et que notre Constitution ne mentionne pas textuellement l'existence de langues officielles au Canada.

Nous devons maintenant nous demander quel ordre de pouvoir a juridiction pour déterminer la langue d'usage des citoyens et la langue officielle de l'État. Dans un deuxième temps, nous verrons quels pourraient être les domaines affectés par une loi québécoise sur les langues.

A. Partage de la compétence pour légiférer sur la question linguistique

L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et ses amendements ne mentionnent aucunement la langue comme compétence législative distincte. Par conséquent, la législation linguistique doit être ancillaire à une compétence énumérée aux articles 91-92 ou 93 de notre Constitution.⁽³⁴⁾ C'est à ce titre que le Parlement fédéral vota la *Loi sur les Langues officielles*, législation ne s'appliquant qu'aux domaines de juridiction fédérale.⁽³⁵⁾

Le Québec sera donc compétent pour légiférer quant à la langue employée dans les domaines de juridiction à lui confiés exclusivement par les articles 92 et 93.

B. Les champs d'application d'une législation linguistique provinciale

Dans un premier temps, il est évident que seraient soumis à une loi linguistique provinciale tous les organismes tombant sous compétence nommée aux articles 92 et 93.

(33) *Trustees of the Roman Catholic Separate Schools v. Mackell* (1917) A.C. 62 (69).

«Further, the class of persons to whom the right or privilege is reserved must, in their Lordships' opinion be a class of persons determined according to religious belief and not according to language.»

The Toronto Corporation v. The Roman Catholic School Trustees, (1926) A.C. 81.

A. Berriedale Kieth, *Responsible Government in the Dominions*, 2nd ed. (O.U.P. 1928) Vol. 1, p. 540.

«The essential result of the litigation is that there is no privilege whatever in Canada on language grounds in matters of education.»

(34) Armand-C. de Mestral and William Fraiberg, *op. cit.*, p. 505. *Rapport de la Commission Royale sur le Bilinguisme et le Biculturalisme*, Vol. 1, p. 55, n° 161.

(35) (1968/69) 17-18 Eliz. II, ch. 54.

Ainsi, notons parmi les plus importants:

- les ministères provinciaux, dans leurs contacts quotidiens avec le public;
- les institutions municipales dans la province;
- les compagnies à incorporation provinciale;
- les commissions scolaires et toutes les écoles, collèges et universités publics ou privés;
- tous les organismes tombant sous juridiction des ministères de la Santé et du Bien-être.

Dans un second temps, cette loi pourrait s'appliquer aux immigrants venant au Québec pourvu qu'elle ne soit pas incompatible avec une disposition fédérale (article 95).

Enfin, nous devons nous demander si certaines institutions fédérales seraient soumises à une telle législation. Ainsi, qu'en serait-il, entre autres, des compagnies incorporées par le fédéral grâce à son pouvoir résiduel? Des agences de télécommunication? Des lignes de chemin de fer et de la navigation? Des banques? Des Indiens? Du commerce interprovincial et étranger? Des Postes?

Nous devons alors appliquer les règles d'interprétation élaborées par les tribunaux: les citoyens et institutions, tombant sous compétence nommée à l'article 91 (chemin de fer et navigation; postes; banques; Indiens; commerce interprovincial et international; travaux déclarés être à l'avantage général du Canada) ne seraient pas soumis à la législation provinciale; cette dernière aurait, en effet, comme conséquence d'affecter le statut des Indiens ou d'attenter à l'activité des corporations fédérales.⁽³⁶⁾ Quant aux organismes non mentionnés à l'article 91 et tombant sous compétence résiduelle fédérale (corporations autres que bancaire, postale, ferroviaire, de navigation, etc.), ils seraient soumis à une loi provinciale non discriminatoire (c'est-à-dire s'appliquant indistinctement à tous les organismes tant provinciaux que fédéraux).⁽³⁷⁾

(36) *C.P.R. v. Notre-Dame de Bonsecours* (1899) A.C. 367. *A.G. for Canada v. A.G. for Québec* (1947) A.C. 33.

(37) *Citizens Insurance Co. v. Parsons* (1881/82) A.C. 96, *Great West Saddlery Co. v. Rex* (1921) 2 A.C. 91.

John Deere Plow Co. v. Wharton (1915) A.C. 330.

Y. Ouellette, *La Constitution et la réglementation des corporations*, Institut de Recherche en droit public, (1967), inédit.

(vi) La compétence constitutionnelle et juridique pour instituer une langue ou des langues officielles au Québec.

Opinion de

Stephen Allan Scott
(Université McGill, Montréal)

(vi) Constitutional-Legal Competence as to Establishment of Official Language or Languages in Québec.

Opinion of

Stephen Allan Scott
(McGill University, Montréal)

Juin 1972 June

I am asked the following questions, to which, so far as possible, I shall attempt to respond in the order in which they have been put, having regard, however, to the fact that they are interrelated:

Opinions sur la notion de langue officielle, d'après le système constitutionnel canadien, et sur la capacité du Québec de légiférer en matière de langue officielle.

I. Les définitions.

1. Est-ce qu'il existe une conception de «*langue officielle*» d'après le système constitutionnel canadien? Si oui, préciser:
 - a) Les sources de cette conception;
 - b) Les modalités d'application découlant du système constitutionnel canadien.
2. Existe-t-il d'autres définitions de statut linguistique d'après le système constitutionnel canadien?

II. Les options et leurs implications constitutionnelles.

1. Opinions concernant deux langues officielles —
En rapport avec les définitions de «*langue officielle*» précédemment données, fournir des éclaircissements à propos des questions suivantes:
 - a) Le Québec a-t-il la compétence constitutionnelle pour déclarer deux langues comme langues officielles?
Si oui, quels seraient les implications constitutionnelles et les champs d'application d'une telle mesure et quels amendements constitutionnels cela supposerait pour ce faire?
 - b) Le Québec a-t-il la compétence constitutionnelle pour déclarer deux langues comme langues officielles, mais avec une espèce de statut distinct pour l'une d'elles, c'est-à-dire avec des éléments additionnels qui ne sont pas inclus dans le statut de langue officielle?
Si oui, quels seraient les implications constitutionnelles et les champs d'application d'une telle mesure et quels amendements constitutionnels cela supposerait pour ce faire?
2. Opinions concernant une seule langue officielle —
En rapport avec les définitions de «*langue officielle*» précédemment données, fournir des éclaircissements à propos des questions suivantes:
 - a) Le Québec a-t-il la compétence constitutionnelle pour déclarer une langue, seule *langue officielle*?

Si oui, quels seraient les implications constitutionnelles et les champs d'application d'une telle mesure et quels amendements constitutionnels cela supposerait pour ce faire?

- b) Le Québec a-t-il la compétence constitutionnelle pour déclarer une langue seule langue officielle, tout en accordant un statut distinct moindre dans ses applications à une deuxième langue?

Si oui, quels seraient les implications constitutionnelles et les champs d'application d'une telle mesure et quels amendements constitutionnels cela supposerait pour ce faire?

I. The concept of "Official Languages."

Courts in declaring the common law, and legislatures in enacting the statute law, are engaged in the articulation of rules, not in the drafting of dictionaries. Definitions and concepts are not, therefore, created *in vacuo*, but are addressed to the rules of which they indeed form an inseverable part and apart from which they would be pointless.

To ask, therefore, whether there exists a concept of «*official language*» in Canadian constitutional law, is, so far as the question is legally relevant, to ask about the rules governing language use.

Now, it may be emphasized at the outset that even as to oral or written expressions intended to have effect as juridical acts, the law is generally indifferent to considerations of language. That should be immediately apparent from short reflection on common experience. Contracts, for example, so far from requiring expression in any particular language, may be concluded by a gesture at an auction, or by taking goods from the shelves of a supermarket to the cash desk and there dealing in silence with a clerk, or by pointing in a restaurant at some item on a menu or some food on display. In all these cases the precise moment at which the contract is made, or its exact scope and content, may be disputable — but that is equally true of contracts formally enunciated. It is even arguable that a gift of moveable property could be made in a similar fashion, though Art. 776, para. 2, of the *Civil Code* provides that:

Cependant la donation de choses mobilières, accompagnées de délivrance, peut être faite et acceptée par acte sous seing privé, ou par convention verbale.

Gifts of moveable property, accompanied by delivery, may however be made and accepted by private writings, or verbal agreements.

Many actions, in short, carry implications obvious to everyone, and these the law cannot ignore.

What can be accomplished in complete silence can, *a fortiori*, in principle be done with a free choice of linguistic expression; and, indeed, no court, or legislature, settling the legal effect of formal language use could sensibly or consistently ignore the legal effects allowed — if one may borrow a contemporary phrase — to the sounds of silence.

But whatever may be said of the legal effects of non-linguistic communication, the law is, in principle, clearly indifferent to the language even of oral and written expressions intended to have definite legal consequences — «*juridical acts*», as they are called. The law does require that certain acts be reduced to writing, or executed with special formalities; but the primary object is that the words accurately reflect the will of the party or parties (as, for instance, in the case of a will or contract) and that they be in fact communicated to anyone to whom, by law, communication is necessary (as in the case of a notice), and, as all this will depend on the circumstances, «*official language*» is not a factor of any particular relevance.

Having said so much, it is necessary to acknowledge that, particularly in the statute law, one can find a variety of rules requiring the use of particular languages in particular circumstances. To catalogue these would involve embarking on a very extensive undertaking far beyond the scope of this opinion. An attempt in this direction has been made in the very useful study prepared by C.-A. Sheppard for the federal Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, and entitled *The Law of Languages in Canada* (esp. Chs. VIII and IX). Such regulations have been imposed by Imperial as well as federal and provincial statutes and may, as we shall see, arguably exist at common law, apart altogether from statute. Doubtless the most important of these provisions is to be found in section 133 of the *British North America Act*, 1867, 30 & 31 Vict. c. 3 (U.K.), which we shall consider in due course. It gives the French and English languages primacy over all others in the legislative and judicial institutions of Québec and of Canada; as between the two languages, it places them on an equal footing.

If one takes other public institutions, similar principles may be found in the statutes governing municipal institutions in the province. Thus section 362 of the *Cities and Towns Act*, R.S.Q. 1964 c. 193, requires that public municipal notices be drawn up in both French and English, a rule which, by virtue of other sections of the same Act, embraces also «*documents, orders or proceedings of a council, the publication of which is required by law*», including, it appears, by-laws. While those municipalities governed by the *Municipal Code* may be exempted by

Order-in-Council from their statutory obligation (Art. 129 M.C.) to publish bilingually «every notice, by-law, resolution or order of the corporation» — and obligation which must probably be complied with on pain of nullity: *Cardinal v. Paroisse de St-Janvier*, (1904) 11 R.J. 174; *Tremblay v. South Part of the Township of Onslow*, (1933) 39 R.J. 193 — yet this provision does not discriminate as between English and French.

In the realm of private and semi-private jural relations, Arts. 1682 c. and d. of the *Civil Code*, added by the provincial Act 1 Geo. V., S. Qué. 1910. c. 40, affords one of the best-known examples of language regulation; the latter provides the sanction for the former, which reads as follows:

Art. 1682c. Doivent être imprimés en français et en anglais les billets des voyageurs, les bulletins d'enregistrement des bagages, les imprimés pour lettres de voiture, connaissements, dépêches télégraphiques, feuilles et formules de contrats faits, fournis ou délivrés par une compagnie de chemin de fer, de navigation, de télégraphe, de téléphone, de transport et de messagerie ou d'énergie électrique, ainsi que les avis ou règlements affichés dans ses gares, voitures, bateaux, bureaux, usines ou ateliers.

Art. 1682c. The following shall be printed in French and in English: passenger tickets, baggage checks, way bills, bills of lading, printed telegraph forms, and contract forms, made, furnished or delivered by a railway, navigation, telegraph, telephone, transportation, express or electric power company, as well as all notices or regulations posted in its stations, carriages, boats, offices, factories or workshops.

This may be contrasted with the distinct priority given to French by the terms of the food labelling provisions of the *Québec Food Regulations* of March 15, 1967, Order-in Council No. 683, published in the *Québec Official Gazette* for April 15, 1967, Vol. XCIX, p. 2507, made under the *Québec Agricultural Products and Food Act*, R.S.Q. 1964 c. 119. Regulation 38 reads as follows:

«Art. 38 — Toute indication ou marque relative au produit doit, en toutes circonstances et sous quelque forme que ce soit, être précise, loyale et sincère et ne prêter à aucune confusion ou méprise possible.

«Dans toute inscription, l'usage du français est obligatoire et aucune inscription rédigée en une autre langue ne doit l'emporter sur celle rédigée en français. Cette règle ne s'applique pas à un document accompagnant la vente et rédigé dans la langue de l'acheteur.»

«Art. 38. — All markings and notations relating to the product, in whatever manner or form they may be, must be exact, truthful and sincere, and must not be susceptible to any possible confusion or misunderstanding.

«The use of French is obligatory in all inscriptions, and inscriptions in another language must not take precedence over those in French. This regulation does not apply to a document accompanying the sale and drawn up in the language of the buyer.»

These examples ought, I think, to suffice as illustrations of my point that the «*official*» or other character of one or more languages is implicit in the rules governing language use. It is fair to say that the statute law, and probably also (as we shall see) the common law of the province, accords a certain primacy to the French and English languages over all others, usually — though not always — on a basis of equality *inter se*. If, then, the question is pressed — are these languages, or one of them, «*official*»? — the appropriate answer seems simply, that such a description carries with it no special cachet, but is, nevertheless, not an inaccurate way of describing a fairly complex legal state of affairs. One might, in sum, conclude that our law knows particular rules concerning language — the most important of which operate in what may conveniently be called the «*official*» context of public institutions, and accord joint primacy to French and English — but attaches no general or sacramental importance to the phrase «*official language*».

The latter term, indeed, seems one of relatively modern usage, and as a legal conception, is the creature of the recent federal statute formally entitled «*An Act respecting the status of the official languages of Canada*», 17-18 Eliz. II, S.C. 1968/69, c. 54, which received Royal Assent on 9th July, 1969, and is now consolidated as the *Official Languages Act*, R.S.C. 1970, c. 0-2. The term appears in section 2 of the Act:

DECLARATION OF STATUS OF LANGUAGES

2. The English and French languages are the official languages of Canada for all purposes of the Parliament and Government of Canada, and possess and enjoy equality of status and equal rights and privileges as to their use in all the institutions of the Parliament and Government of Canada.

DÉCLARATION DU STATUT DES LANGUES

2. L'anglais et le français sont les langues officielles du Canada pour tout ce qui relève du Parlement et du Gouvernement du Canada; elles ont un statut, des droits et des privilèges égaux quant à leur emploi dans toutes les institutions du Parlement et du Gouvernement du Canada.

and may be considered the definitional basis of the rather elaborate rules established by that Act for language use in federal institutions. Yet exactly the same legislative substance might have been embodied in terms making no use whatever of the phrase «*official language*».

I should perhaps say explicitly that the foregoing observations may be applied indifferently to the existence of a «*constitutional*» concept of «*official language*» or to a *general legal* concept of «*official language*». After all, it is a matter of convenience what rules of law we choose to call «*constitutional*» law, a term by no means necessarily confined, either in actual or proper usage, to rules of law which neither the Parliament of Canada nor the provincial legislatures can alter — as may indeed be seen from the use of the term «*constitution*» in sections 91:1 and 92:1 of the *British North America Act*, 1867, as amended, and the large body of common law and statute law of a clearly «*constitutional*» character.

I have said that the effect of certain rules can be described, not inaccurately, as making the French and English languages jointly «*official*» in Québec, and, in a more limited way, in Canada as a whole. So far I have however referred only to *statutory* rules, including section 133 of the *British North America Act*, 1867. It would be appropriate to explore also the effect of the *common law of the Province*.

It will be recalled that, under Lord Mansfield's famous judgment in *Campbell v. Hall*, (1774) 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045, (1558-1774) All E.R. Rep. 252, the laws of New France in general survived the cession, subject, of course, to subsequent change by the King, or by the British Parliament, or by a local legislature erected by the one or by the other. The exceptions, whose scope is always a matter of difficulty, are laws contrary to «*fundamental principle*», and the public law. The latter exception was stated in 1821 by Lord Stowell in these terms (*Ruding v. Smith*, (1821) 2 Hag. Con. 371; 161 E.R. 774):

«*Even with respect to the ancient inhabitants, no small portion of the ancient law is unavoidably superseded by the revolution of government that has taken place. The allegiance of the subjects, and all the law that relates to it — the administration of the law in the sovereign, and appellate jurisdictions — and all the laws connected with the exercise of the sovereign authority — must undergo alterations adapted to the change.*»

The principle, as enunciated by Edmond Lareau in his well-known treatise on the legal history of Québec, *Histoire du droit canadien* (Montréal, 1889) 2 vols., II, at p. 54:

«*Le changement de domination, subi en 1760 par la conquête et en 1763 par la cession définitive du Canada à l'Angleterre, a introduit*

dans la colonie le droit public anglais. Le droit public et politique du vainqueur remplace le droit public de la nation conquise, quand bien même elle conserverait son droit privé.»

was approved by Rand and Kellock JJ. in the Supreme Court of Canada in *Chaput v. Romain*, (1955) S.C.R. 834. Kellock J., writing for himself and Rand J., applied the English-law rule that all public officials, high and low, are amenable to the ordinary courts to answer in damages for their civil wrongs, and said, (1955) S.C.R. 834 at p. 854:

«Questions which concern the relation of the subject to the administration of justice in the broadest sense are part of the public law, and, therefore, governed by the law of England and not by that of France.»

In a recent matter, *Three Rivers Boatman Ltd. v. Conseil canadien des Relations ouvrières*, (1969) S.C.R. 607, involving the jurisdiction of the Superior Court (in the absence of federal legislation to the contrary) to control jurisdictional excesses committed in Quebec by the Canada Labour Relations Board, Chief Justice Fauteux, speaking for the Supreme Court of Canada, approved and applied that principle: at p. 616 His Lordship said:

«La Cour supérieure devenait ainsi nantie du pouvoir de surveillance, basé sur la common law, qu'exerçait en Angleterre la Court of King's Bench... Cette loi de contrôle judiciaire sur les tribunaux, corps politiques ou corporations exerçant des pouvoirs judiciaires ou quasi judiciaires, nous vient du droit public anglais introduit au Québec lors et par suite de la cession...»

Whatever «official» character may be attached by the common law of Québec to any language in this province, and whatever primacy such language may enjoy as a result, it seems clear that, in consequence of the cession, English became, at the least, *an* official language, and, arguably, the *only* official language. That such was a contemporary view emerges from an interesting correspondence in 1793 between Sir Alured Clarke, Lieutenant-Governor of Lower Canada, and Rt. Hon. Henry Dundas, Home Secretary in the British Government. Dealing with events in the representative legislature newly instituted under the *Constitutional Act* of 1791, Sir Alured wrote on July 3, 1793 (*Archives of Canada*, series Q, vol. 63-2, p. 307 at p. 308):

«...an attempt was made to keep the Journals in French, and to establish it as the enacting Language, in this however they did not think proper to persist but under some qualifications having agreed that their Journals should be kept in both and made it one of their Rules (as you will find by the Copy of them which I send herewith). That Bills relative to the Criminal Laws of England in force in this Province and to the Rights of the Protestant Clergy as specified in the Act of the

31st year of His Majesty Chap. 31 shall be introduced in the English Language, and that the Bills relative to the Laws, Customs, Usages and Civil rights of this Province shall be introduced in the French language, in order to preserve the unity of the texts.» During this Session no Bill passed in any other than the English Text: and had an original Bill been sent up from the House of Assembly to the Legislative Council in the French Language, I have every reason to believe that it would not have been concurred in for that cause alone: If however it had so happened that a Bill of the above description had passed both branches, I should not have thought myself justified in doing more than to reserve it for the signification of His Majesty's Royal pleasure thereon, as being, from the circumstance alluded to, of an extraordinary and unusual nature. And here Sir it may not be amiss to submit to your consideration the propriety of some instructions upon a point that probably may and must in that event, if the Law is immediately necessary, create considerable embarrassment to the Governor who shall be called upon to give his assent to an Act in a Foreign Language.»

On November 9, 1793, Dundas replied as follows (*Archives of Canada*, Series Q, vol. 65, at p. 324):

«With respect to the orders of the House of Assembly that the Bills relative to the Laws, Customs, Usages and Civil Rights of the Provinces shall be introduced in the French Language in order to preserve the Unity of the Texts, I am of opinion that it is a Matter of importance that the Laws of the Province should be enacted in the English language. If the Laws of the Provinces of Upper and Lower Canada were in different Languages it would certainly be irregular and inconvenient but if some of the Laws of the same Province were in one Language and some in another it would be upon the face of it infinitely more so.

At the same time I see no objection whatsoever to a standing order that all such Bills as are above mentioned should be introduced into the Assembly with a Translation in the French Language, provided they are passed in English, and that the same be done on a Motion made and carried as to any other Bills.

This seems to meet and quite to obviate any objections which can reasonably be made by the Canadian Members on this subject, and I have no doubt will be complied with on their part.»

On the official character of the French language, an early decision of the greatest interest was unearthed by Maréchal Nantel, a former Librarian of the Bar of Montréal, and reported unofficially in an article in the *Revue du Barreau*, entitled «*La langue française au Palais*», (1945 5 R. du B. 201 at p. 204). The case is *R. v. Talon*, in the Court of King's Bench of Lower Canada in 1812, before Mr. Justin James Reid. The Crown took a petitory

action to recover immoveable property belonging to the Crown of which the defendant, Talon, was in illegal occupation. The defendant sought to have the action dismissed on the ground that the writ of summons, which had been drawn in French, was illegal, null and void. Mr. Justice Reid, in rejecting the defendant's action, noted the arguments and his decision as follows:

«The defendant obtained a rule upon the Solicitor General to show cause why the writ of summons in this cause should not be quashed by reason of its being in the French language.

In support of this rule Mr. Stuart, for the defendant, stated that the Ordinance of 1785 directing the writ of summons to be in the language of the defendant had been repealed by the provincial Stat. 41 Geo. 3, ch. 7 and as the distinction of language in this country has been removed, every writ issuing out of this Court ought to be in English as being the language of the Sovereign. The Solicitor General contended that notwithstanding the repeal of the Ordinance of 1785, the French language must be received in conducting legal proceedings, it being recognized by the law of the land, and by the practice of the Courts in this Country since the conquest thereof has been in constant use.

By the Court. — The French Language has been used by His Majesty in his communications to His subjects in this province, as well in his executive as in his legislative capacity, and been recognized as the legal means of communication of His Canadian subjects. Courts of Justice have at all times used this language in their writs and processes as in their other proceedings, as well before as since the Ordinance of 1785.

It is for the benefit of the subject that this was done, and the defendant cannot be permitted to say that he will not be sued in the language of his country.»

This decision would seem to have settled the official character of the French language, and it would seem idle, even if it were practicable, to attempt now to look behind it to see whether Mr. Justice Reid was right to draw those inferences from, or give that legal effect to, the Crown's legislative, executive, and judicial acts in the years following 1763. The decision happily also seems to permit us to dispense with a debate as to the extent to which the legal status of the French language survived the cession, the Proclamation of 1763 introducing English law, and the Québec Act of 1774 restoring the old French law in matters of property and civil rights.

The proper inference from these authorities would seem to me to be this: by the common law of the province, and apart from the terms of any enactment, so far as any language has an official character,

of a primacy deriving from that character, that official character and that primacy are shared by the English and French languages jointly. It is not easy to say in what particulars these languages enjoy primacy, since, as has been stressed above, freedom of language use is the rule and regulation the exception. It may be ventured that the official acts of bodies exercising public authority, at least if imposing obligations on third persons, must at common law be executed in at least one of the official languages, though probably not in both. It may also be ventured that whenever anyone is required by law to make a communication to a public authority, or is entitled to do so to produce certain legal consequences, such communications may, and perhaps must, at common law, be in either of the «official» languages. As regards the general course of communications from public authorities, and in particular from the Government of the province, it must be borne in mind, first, that the citizen does not, in general, have a strict legal right to most of the communications he receives from public authorities, and second, that the general freedom of election of language belonging to any person avails also to Her Majesty in right of the Province, who may speak, through her officials, not merely in English or French, as she may please, but in any third language. Rights to public services in a given language appear to me to be in principle purely the creature of statute — as in the *Official Languages Act of Canada* — unless the communication is one to which the subject is already in strictness of law entitled (whether at common law or by statute), and, in that case, it seems to me that, though the public authority may be obliged to communicate in one of the «official» languages, it will have the right of election.

What I have said is, of course, subject to the provisions of section 133 of the *British North America Act*, 1867, which I propose to consider in conjunction with provincial legislative jurisdiction.

II. The options and their Constitutional implications.

It will avoid unnecessary repetition to answer the remaining questions together.

What I have already said suggests that constitutional significance lies in the substance of legislative measures, not in their definitional nomenclature. Every legislative measure involving language regulation would have to be examined in relation to the totality of the legislative jurisdiction of the province. No assistance in such an examination is afforded by such distinctions as that between «two official languages with a special status for one of them» [(Question II (1) (b) and «one

official language with a lesser status for a second language» (Question II (2) (b)). It is not only the rose which, by any other name, smells as sweet.

The present questions as to legislative jurisdiction are framed in the most general terms. Inherent in answering such questions are the difficulties which I pointed out in my earlier opinion as to the regulation of the language of work. These difficulties are indeed aggravated by the greater generality of the present questions. It would not be surprising to find a Court to which such questions were submitted on a reference declining to answer them on the ground that such an undertaking would be impracticable. For the possible schemes of language regulation are infinitely numerous. It would require an infinite mind to envisage them and an infinite length of time to elaborate the circumstances in which they might be invalid as trespassing on matters of exclusive federal jurisdiction, or inoperative as conflicting with laws enacted by the Parliament of Canada or continued under its legislative jurisdiction by s. 129 of the *British North America Act*.

Let me offer by way of example the provisions, quoted above, of the Québec Food Regulations, as regards labelling. These are not invalid merely because they may have some incidental effects on matters of exclusive federal legislative jurisdiction, though in such cases it would be open to the Parliament of Canada to override them. But at least to the extent that they operate a substantial interference with, say, international or interprovincial trade and commerce they are *ultra vires*. The portion of the Food Regulations quoted above may be read with Art. 2 of the same Regulations:

«Art. 2. — Il est interdit de détenir, de préparer ou d'acheter en vue de la vente, de mettre en vente ou en dépôt ou de vendre dans un lieu quelconque, de servir dans un lieu de consommation, de transporter, de faire transporter dans les limites de la province, un aliment impropre à la consommation ou qui ne répond pas aux conditions de salubrité, de qualité, de conditionnement ou autres prévues ci-après.»

«Art. 2. — It is forbidden to hold, prepare or purchase for sale, to place for sale or on deposit, or to sell in any place whatever, to serve in any place of consumption, or to convey or cause to be conveyed or accept for destination within the province, any food that is unfit for consumption or which does not meet the requirements as to wholesomeness, quality conditioning or other requirements hereinafter specified.»

My impression is that the quoted regulations as to labelling are *ultra vires* insofar as they cover, for example, possession, deposit, trans-

portation, purchase and sale of goods for export from the province: *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, (1931) S.C.R. 357; *Murphy v. C.P.R.*, (1958) S.C.R. 626 at pp. 631-2. In *Reference re The Farm Products Marketing Act, R.S.O. 1950, Chapter 131 as Amended*, (1957) S.C.R. 198, Rand J. put the matter thus (at p. 210): «A producer is entitled to dispose of his products beyond the Province without reference to a provincial marketing agency or price, shipping or other trade regulation; and an outside purchaser is entitled with equal freedom to purchase and export.» I think that the regulations are similarly *ultra vires* as applied at least to the initial importation from outside the Province: *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, (1896) A.C. 348; *Gold Seal Ltd. and Dominion Express Co. v. Attorney-General for Alberta*, (1921) 62 S.C.R. 424; *Attorney-General for Manitoba v. Manitoba Egg and Poultry Association*, (1971) 19 D.L.R. (3d) 169. They may however be valid, even as to goods imported into the province, as regards subsequent resale in the Province, and, more particularly, resale to consumers; but even then, in my opinion, they could validly be overridden by the Parliament of Canada by legislation enacted to protect the free flow of goods in international and interprovincial trade, upon which these regulations are clearly a very significant burden. As to goods produced for sale in the Province these regulations appear in principle *intra vires*.

I have given only one illustration of the constitutional problems affecting language-use legislation. Even so concrete a matter as the specific food-labelling regulations with which I have just dealt gives rise, as has been seen, to complex constitutional questions, to which only approximate answers can be given especially apart from the facts of particular litigation. The questions put to me previously as to legislative jurisdiction over language of work resulted in an opinion of some length, and yet, particularly in the absence of concrete proposals, only a rough approximation could be given as to where the boundaries lay. It should thus be evident that it is not possible to catalogue the incidents which it is open to the legislature of a province to attach to a particular language or languages, which incidents, taken together, would go to make up its «status».

With this caveat, a few general guidelines may be attempted.

Legislation on language could assume the most diverse forms, ranging from provisions of purely symbolic significance to provisions drastically interfering in the most personal communications.

(1) Symbolic status

As regards purely symbolic status to be attached to one language only, or to two, or more than two, it appears to me that legislation, or

prerogative action, of such a character would not, in the present state of our public law, give rise to any justiciable controversy. As Boyd C. remarked, in a different context, in *Attorney-General of Canada v. Attorney-General of Ontario* («Pardoning Power Case»), (1890) 20 O.R. 222 at p. 246, «if the section operates on nothing, it may be innocuous, but it is not unconstitutional». The Danish jurist Alf Ross has put the matter forcibly thus (*On Law and Justice*, (Berkeley and London, 1959), p. 8): «The law is not written in order to impart theoretical truths, but to direct people — judges and private citizens alike — to act in a desired manner. A parliament is not an information bureau, but a central organ for social direction.» Or, as another writer has remarked, «A law is not a propaganda phrase which is thrown out for whatever effect it can produce» (Hakan Stromberg, «On the Idea of Legislation», 8 *Scandinavian Studies in Law*, 1964 (Stockholm, 1964) at p. 224).

Legislation or prerogative action which went no further than to attach to one or more languages a purely symbolic status as «official language» would, in effect, be creating a status without incidents; it would not be issuing «social directions» but rather, if anything, «theoretical truths». Such legislation could only be said to affect anyone's rights on the hypothesis that some person could have a right to insist that only a language «competently» made official should be so described. But to suppose this is to suppose that the Legislature, or the Crown, enjoys less freedom of speech than any ordinary person: for it is clear enough that no ordinary person could be restrained from declaring «official» any language he pleased: his utterances, so far as the courts are concerned, would be mere *brutum fulmen* to which the law would pay no attention. My view is that no more stringent standard of behaviour can, in law, be exacted of public authorities in matters of this kind than can be required of any ordinary person. No one could maintain legal proceedings against the purported symbolism. We have, and (short of federal or provincial statute) can, in my opinion, have, no principles of «public» law which protect, as against the governmental authorities, interests of this symbolic character which would not be protected as against private individuals. In strict law, the subject is in no respect privy to the conduct of the affairs of the executive government, the same being vested absolutely in the Crown: the «state», unlike the typical municipality, is not a corporation of which the subject is a member. One can always find some radical academic opinion which, on supposed utilitarian grounds, would hold symbolic interests to be legally protected and, as such, to be suitable subject-matter for litigation, and which would also insist that «the people» are juridically privies to be conduct of the executive government and as such entitled to meddle by litigation in the conduct of its affairs; but I regard such

views as utterly repugnant to the fundamental principles of the common law as well as the provisions of the *British North America Act*, 1867 (see e.g. s. 9).

It is interesting to note that civil proceedings brought by individuals to ventilate similar «grievances» have been almost invariably unsuccessful. Amongst such cases are *Cowan v. Canadian Broadcasting Corporation*, (1966) 2 O.R. 309, 56 D.L.R. (2d) 578 — to declare «unlawful» French-language broadcasting by the C.B.C. in Ontario and the expenditure of funds thereon, and to restrain such broadcasting, — *Burnham v. A.-G. for Canada*, (1971) 15 D.L.R. (3d) 6, (1970) 4 W.W.R. 427 — to declare the Canadian flag proclamation void and to restrain the display of the flag, — and *Thorson v. Attorney-General of Canada*, (1971) 3 O.R. 511; *Thorson v. Attorney-General of Canada* (No. 2), (1972) 1 O.R. 86 — to declare void the *Official Languages Act* of Canada and consequential appropriations legislation; the last case, I am advised, is still under appeal.

The reasons given by the courts for dismissing proceedings of this nature are generally couched in the conventional terminology of «*lack of standing to sue*». When such litigants frankly frame their proceedings as prayers that the defendants be ordered to cease the activities complained of, the courts appear to appreciate that, in dismissing the proceedings for lack of standing, they are saying in effect that the plaintiffs are not entitled to have the defendants stop the activities complained of. In other words, the courts are then consciously disposing of the substantive rights of the litigants *inter se*. Partly because claims so frankly framed are, by classical standards, for the reasons I have already stated, so clearly frivolous (e.g. like any ordinary person the Crown may in principle fly or broadcast what it pleases) it has become common to frame the proceedings more vaguely, as claims substantially (or exclusively or alternatively) for «*declarations*» that (as the case may be) the flag proclamation is «*void*», or the *Official Languages Act* «*invalid*», or the broadcasting and expenditure thereon «*unlawful*». Such proceedings appear to be motivated by a feeling that if these «*declarations*» are granted, the desired result will be achieved — namely, that the activities complained of will cease — by a sort of moral suasion, even though the Courts have not ordered them to stop — indeed, have either refused to order them to stop or have (perhaps advisedly) never been asked to order them to stop. Yet, as such «*declarations*» are regularly sought, and on rare occasions granted, it is not out of place to ask what they can possibly mean. What would it mean to obtain as against the Attorney-General for Canada a declaration that a federal statute is void which enacts that the Attorney-General is at liberty, subject to any other rule of law, to dine at seven o'clock? Suppose the Act to be void, he is still at liberty to dine at seven o'clock. So, in a legal context where the Crown (like any individual) is at liberty to fly anything it pleases from its property, and cannot be ordered to

cease flying the red maple-leaf banner, what can it mean to grant a «*declaration*» that the flag proclamation is void? If the banner is flown after a declaration of nullity — and no one has ordered that it not be flown — what has the court done save convey «*information*» that the banner on the pole is — in some abstract sense — *de jure* not the flag? Only in the measure that concrete legal incidents flow from a banner's status as «*the flag*» is such information meaningful: as if a law makes it a crime to desecrate «*the flag*» or not to fly it under certain circumstances; and even then the flag can be a «*valid*» or a «*void*» flag, «*lawfully*» or «*unlawfully*» proclaimed, *for no further or other purpose than the application of such laws*. Formal «*declarations*» or holdings couched in bald or general terms as to its «*validity*» or «*invalidity*» are meaningless beyond such incidents.

Can an action then be maintained which, when subjected to rigorous analysis, has really no further or other purpose than to have the Court cry «*Unclean! Unclean!*»? An action to reprimand, denounce, censure, or castigate the defendant or his behaviour? Such proceedings are, in my opinion, utterly contrary to every established principle. A judgment or order which does not, mediately or immediately, answer the question «*Who owes what to whom?*» is unintelligible and ought not to be granted, not because there is a merely procedural obstacle to granting it (whatever that may mean), but because it answers no meaningful question at all — often, because there is no meaningful question to answer. This is not to say that declarations — of status, say or title to property — should not be made even without consequential relief, provided that such status or title has known incidents which the declaration can reduce to judgment between the parties.

In my opinion, a purely symbolic status for one or more languages as «*official*» would have no such incidents, and for this reason no proceedings could properly be maintained by anyone to obtain even a bare declaration that executive or legislative action purporting to confer such status is «*void*» or «*unlawful*». Still less, for the foregoing amongst other reasons, could any order against such executive or legislative action be maintained.

Even were a reference case brought before the courts to put the bare question whether the status has been «*competently*» conferred it would follow from what I have said that the courts' proper answer would be that no one's rights are affected and that the legislative or executive action in question does not present a justiciable controversy.

It may be opportune in this context to make certain observations as to the expenditure of funds belonging to the Crown in right of Québec. In no sense is the Crown an agent or trustee of these funds, whether for the citizens, or subjects, or residents, or taxpayers, or for anyone else. These funds are its absolute property, and it is in no sense accountable for them either to any individual or to the Crown in right of Canada. Nor is any

officer holding them accountable otherwise than to the Crown. It is an elementary principle of «*private*» law that A cannot be made accountable to C for funds belonging to B; and it is nothing to the point that A has been guilty of the grossest misappropriation of B's funds. A is accountable to B and to no other. There is not the slightest basis for any view that we have rules of «*public*» law which proceed on any different principle, or that Her Majesty's interest in her property is less absolute than that of any subject. The rules governing municipalities have not the slightest analogy: the inhabitants and ratepayers are usually made members of municipal corporations, and are thus privy to the affairs of these corporations. No subject is a privy to the executive government of Canada or a province, the same being in Her Majesty exclusively. The proceedings brought by *Cowan* and *Thorson* cited above, are, in part, transparent attempts to disguise civil actions by third parties without rights in the property, in the form of requests for «*declarations*» that the appropriations are in some unspecified sense «*unlawful*». (What is meant by «*unlawful*» in this context? If «*actionable*» why not say so? And «*unlawful*» *quoad* whom?) It follows from the well-established principles I have stated that such proceedings as those of *Thorson* and *Cowan*, in whatever guise, are frivolous and vexatious in that, however obscurely worded, they are (so far as they are intelligible at all) claims for an accounting by plaintiffs who are entitled to no such accounting. And if, on a reference, the courts were asked abstractly whether such expenditure were «*lawful*», the appropriate answer would be that the officers of the Crown are accountable to the Crown alone, and the Crown is accountable to no-one. (Questions in this form are traps because they invite a «*yes*» or «*no*» answer, and do not make explicit what is meant by «*unlawful*», and as regards whom.)

(2) Status carrying definite incidents

In the course of my opinion as to legislation governing language of work I drew certain guidelines which, I think, are applicable *mutatis mutandis* to legislation in other areas. The provincial legislatures may, in principle, deal with linguistic aspects of matters which are otherwise properly considered within their jurisdiction. The exclusive subjects of federal legislative jurisdiction limit the possible scope of provincial action, as do laws validly enacted by Parliament, which, in case of conflict, will override provincial laws. To the extent that language use is made the subject of legislation, a «*status*» for the regulated language or languages comes into being with definite incidents.

I have illustrated above the way in which the federal trade and commerce power, and laws enacted under it, may limit such provincial legislation as that concerning food labelling. In my earlier opinion I dealt at some length with interprovincial and international undertakings, whose «*manage-*

ment» is exclusively a matter of federal concern, including, as the courts have said «*all matters which are a vital part of ... (their) operation ... as a going concern*».

All areas of federal legislative jurisdiction have a potential impact on provincial jurisdiction as regards language. I pointed out in my earlier opinion that legislation depriving persons unwilling to conform to a language-use policy, of the ordinary rights of living and working and carrying on business in the province, may interfere with federal jurisdiction over trade and commerce, naturalization and aliens, and inherent incidents of citizenship. Abrogation of elementary freedoms of speech may transcend provincial legislative jurisdiction to concern the peace, order, and good government of Canada as a whole. Legislative intervention of a gratuitous, punitive, or vindictive character may encroach on the criminal law. Even where provincial legislation is not *ultra vires per se* there may yet be constitutional room for federal remedial action to override it, particularly in view of the aspect doctrine. Where provincial action consists in encouragement, assistance, provision of facilities, creation of opportunities, it can most readily call in its aid the general jurisdiction over «*Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Provinces*» (*B.N.A. Act*, s. 92: 16).

I have suggested above that the common law of the province probably attaches a certain joint primacy to the French and English languages. I may venture the opinion that the courts would probably require fairly clear language to overcome the incidents of that joint primacy, and that a simple legislative declaration that one language only is «*official*» might be insufficiently explicit. Be that as it may, the question remains as to the competence of the provincial legislature to abrogate some or all of those incidents.

In principle this seems possible for provincial purposes. But if the abrogation went so far as to deprive of legal effect all or some communications in the French or the English language, the constitutional limits might well be exceeded, for two reasons. First, it would be anomalous that a communication could be made through the courts in such language (*B.N.A. Act*, s. 133), but not extrajudicially. Again, given the composition of the population and the drastic impact on the life of the community, and of Canada as a whole, it might be said that all federal matters — not least citizenship, the general national commerce, and the general peace, order and good government of the country — would inevitably be substantially involved.

I must now deal with the meaning and constitutional status of section 133 of the *British North America Act*, 1867. It reads as follows:

«133. *Either the English or the French Language may be used by any Person in the Debates of the Houses of the Parliament of Canada and of the Houses of the Legislature of Québec; and both those Languages*

shall be used in the respective Records and Journals of those Houses; and either of those Languages may be used by any Person or in any Pleading of Process in or issuing from any Court of Canada established under this Act, and in or from all or any of the Courts of Québec.

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

For the most part its meaning is self-explanatory.

It may be useful to say that «*courts*» are not necessarily confined to bodies so named but include, in my view, all bodies with the characteristics of courts; that is, roughly stated, tribunals which decide the rights of parties in accordance with law.

Doubts have been raised as to whether the Acts of the Parliament of Canada and the Legislature of Québec must, under section 133, be passed and enacted in English and French, or whether the only requirement is that they «*shall be printed and published in both those Languages*» in a sense sufficiently satisfied by the subsequent publication of an unauthoritative translation. For several reasons I do not regard the doubts as serious. First, if only an unauthoritative translation is published, section 133 cannot be literally complied with; its terms require the *Acts themselves* (as distinct from unauthoritative translations) to be printed and published in both languages. So, if the section is to be obeyed literally, the statute must first be enacted in both languages. Secondly, the use of both languages is required for the «*Records and Journals*»; bills are perhaps the most important of the records of proceedings of a legislative body. Thirdly, it is impossible to believe that bills would not have to be bilingual if all lesser proceedings, down to records of perhaps a relatively trivial character, must be so. Fourth, contemporaneous usage in the years immediately after 1867, followed by over a century of settled practice since then, have put an interpretation on the provision which could not lightly be disturbed. Fifth, section 133 must be read in the light of section 41 of the *Union Act* of 1840, being 3 & 4 Vict. c. 35 (U.K.), which was repealed by the *Union Act Amendment Act*, 1848, 11 & 12 Vict. c. 56 (U.K.), after which a policy of bilingual enactment of statutes was followed. Section 41 of the *Union Act* read as follows:

«XLI. And be it enacted that from and after the said reunion of the said two Provinces, all writs, proclamations, instruments for summoning and calling together the Legislative Council and Legislative Assembly of the Province of Canada and for proroguing and dissolving the same, and all writs of summons and election, and all writs and public instruments whatsoever relating to the said Legislative Council and Legislative Assembly or either of them, and all returns to such writs and instruments, and all journals, entries, and written or printed

proceedings of what nature soever of the said Legislative Council and Legislative Assembly and each of them respectively, and all written or printed proceedings and reports of committees of the said Legislative Council and Legislative Assembly respectively, shall be in the English language only: Provided always, that this enactment shall not be construed to prevent translated copies of any such documents being made, but no such copy shall be kept among the records of the Legislative Council or Legislative Assembly, or be deemed in any case to have the force of an original record.»

The contrast between this section on the one hand, and, on the other, the usage in the Province of Canada from the time the section was repealed, taken together with the new section 133, is strikingly clear.

I must add that if, as is my opinion, it is imperative that statutes be bilingually enacted, the consequence of a bill not being passed and assented to in both languages is that it does not become law.

As regards the primacy of texts *inter se*, it appears to me that both English and French texts of federal and provincial statutes must be equally authentic: if there are apparent discrepancies, the courts must reconcile the versions as best they can. Both versions must in principle be the final and authentic statements of the statute law. Otherwise, one is, in effect, left with a single text, together with a more or less authentic translation which is only valid so far as it conforms to the primary text and thus might with impunity be made a pure sham. Neither the Parliament of Canada nor the Legislature of Québec can, in my view, consistently with section 133, attribute primacy to one text or to the other.

The power of the Québec legislature to repeal section 133 *quoad* this province gives somewhat more difficulty. At the federal level, its repeal by the Parliament of Canada *quoad* the Parliament and Courts of Canada is out of the question: for, as defined by section 91:1 of the *British North America Act*, 1867, as amended, the constitutional amendment power enjoyed by that Parliament expressly excepts *inter alia* «*the use of the English or the French language*».

As regards Québec, the question becomes simply whether the legislature may repeal section 133 *quoad* the province by virtue of the power conferred by section 92:1 of the *British North America Act*, 1867:

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

1. The Amendment from Time to Time, notwithstanding anything

in this Act, of the Constitution of the Province, except as regards the Office of Lieutenant Governor.»

The matter is not, in my opinion, affected one way or the other by the *Statute of Westminster*, 1931, 22 Geo. 5, ch. 4 (U.K.) for though section 2 of that Act, when read with section 7 (2), enables the provincial legislature to repeal Imperial statutes so far as they extend to Québec, sections 7 (1) and 7 (3) make the following reservations:

«7. — (1) *Nothing in this Act shall be deemed to apply to the repeal, amendment or alteration of the British North America Act, 1867 to 1930, or any order, rule or regulation made thereunder.»*

«7. — (3) *The powers conferred by this Act upon the Parliament of Canada or upon the legislatures of the Provinces shall be restricted to the enactment of laws in relation to matters within the competence of the Parliament of Canada or of any of the legislatures of the Provinces respectively.»*

The question then becomes this: Is section 133, so far as it applies to the Québec legislature and courts, part of «*the Constitution of the Province*» within the meaning of section 92:1?

Now, in one sense virtually everything in the *British North America Act* is part of the provincial constitution. If the words «*the Constitution of the Province*» were read in this unrestricted way, the provincial legislature could for example abolish the authority of the Parliament of Canada and remove all restrictions on its own powers. That, obviously, is not what section 92:1 envisages. It intends that the provincial legislature may remodel the «*Constitution of the Province*» as contrasted with the constitution of Canada generally. Now sections 58 to 90 of the Act of 1867 are grouped under the heading: «V. — *PROVINCIAL CONSTITUTIONS*». These sections deal with the structure of provincial institutions. For the most part, they were intended to be subject to change by the provincial legislatures, saving always the office of Lieutenant-Governor. These sections afford a measure of guidance as to what was meant by the «*Constitution of the Province*» in section 92:1. — the number of legislative houses, the number of members, their qualifications, terms of office, quorums, and so forth. The provincial legislatures were intended to have power to alter these provisions, and so it was necessary to authorize them to legislate «*notwithstanding anything in this Act*», provided, of course, that the subject-matter was truly «*the Constitution of the Province*, except as regards the Office of Lieutenant-Governor».

Is section 133, so far as it deals with Québec, merely part of «*the Constitution of the Province*», or is it part of the constitution of Canada generally?

The question is not free from difficulty, but on balance, I think it is a fundamental guarantee forming part of the general constitution of the country. Certainly that portion dealing with the Parliament and courts of Canada is part of the general constitution of the country. If another view is to be taken of the section so far as it concerns Québec, we are already engaged in splitting up one provision into two. Second, the legislative history of the language section of the *Union Act* of 1840, discussed above, suggests that this sensitive matter was dealt with in the Confederation scheme as part of the general constitutional settlement for Canada, intended to secure at once to the respective minorities at both levels of government the stated guarantees.

If I am right in this characterization, it follows that section 133 cannot be altered or varied either by the Parliament of Canada or by the Legislature of Québec, but only by the United Kingdom Parliament. Such, at all events, was in fact the intention of the framers. Speaking on the Québec Resolution which formed the basis of section 133, Hon. Attorney-General George-Étienne Cartier, as he then was, said in the *Confederation Debates* (Québec, 1865) p. 945:

«...it was also necessary to protect the English minorities in Lower Canada with respect to the use of their language, because in the Local Parliament of Lower Canada the majority will be composed of French Canadians. The members of the Conference were desirous that it should not be in the power of that majority to decree the abolition of the use of the English language in the Local Legislature of Lower Canada, any more than it will be in the power of the Federal Legislature to do so with respect to the French language. I will also add that the use of both languages will be secured in the Imperial Act to be based on these resolutions.»

C. La compétence constitutionnelle et juridique pour instituer une langue de travail au Québec. Opinions.

Constitutional-Legal Competence as to Establishment of a Language of Work in Québec. Opinions.

(i) La compétence constitutionnelle et juridique pour instituer une langue de travail au Québec

Opinion de

**Albert Abel
(Université de Toronto)**

(i) Constitutional-Legal Competence as to Establishment of a Language of Work in Québec

Opinion of

**Albert Abel
(University of Toronto)**

Janvier 1972 January

The question in which as I understand it the Commission is primarily interested and to which I propose to address myself is the power of a Province, and specifically of Québec, to make a particular language the one of exclusive use by workers in industrial and commercial establishments operating in the province (*«seule langue d'usage dans les milieux de travail dans la province»*).

I assume that the question contemplates enactments of the *Assemblée Nationale* and does not, in speaking of *«le gouvernement de Québec»* refer to executive powers under existing statutory authority. If I am wrong in this, I could of course supplement the contents of this opinion by a discussion of the necessity for further delegations than those now expressed in the *Statuts Refondus* though I venture the suggestion that such a study might be better done by a Québec lawyer. I assume further that it is the language of work which is of concern and that there is no thought of prescribing a language for use within the family or in religious services or generally beyond the work place and the employment situation. These are the defining assumptions on the basis of which I have made my examination and within whose limits this opinion is to be read.

The source and contents of the legislative powers of the federal Parliament and of the Provincial legislatures are found in the *British North America Act*, 1867, as amended from time to time. In greater part their powers are set forth in sections 91 and 92 respectively. Each section consists mainly of the detailed listing of a number of subjects as to which the legislative authority of the relevant government is exclusive and additionally for each a certain residual competence. The criterion for the validity of any provincial Act is whether its matter comes within a class of subjects assigned to the provinces. Even if it does, it may be rendered inoperative by the existence of federal legislation enacted within the ambit of the powers assigned to Parliament. Also, it may be read with a limiting construction, so as to exempt from its operation, without prejudice to its validity, particular applications on account of their being federal concerns.

The initial question is, what is the matter of the proposed legislation?, a question which must be resolved as a preliminary to identifying the class of subjects within which it comes. With no actual draft bill but only a proposal for a *«langue d'usage dans les milieux de travail»*, the answer is not wholly clear. This has a dual character. It relates on the one hand to prescribing language use in certain situations, on the other to the regulation of working conditions in a given particular.

In determining the matter of a statute to the end of seeing in what class of subject it comes, the test used its pith and substance. A statute of the sort supposed might be in pith and substance one dealing with language

rights or it might be dealing with employment conditions. The structure and context of the statute when enacted would be relevant; commission studies, parliamentary debates or similar legislative history would not be. According as it might be the one or the other, the bearing of the existing judicial decisions certainly, possibly also the pertinent clause of Section 92 would differ, although not necessarily the conclusion as to whether it was *ultra vires*.

I examine first the situation of an Act which in pith and substance deals with the conditions of work, then with one in pith and substance dealing with language.

A. (I) The regulation of the relations and contracts of employer and employee has consistently been recognized by the courts as coming within the category of «civil rights» which is covered by section 92(13). An early case, *Grand Trunk Railway v. Attorney-General for Canada*, (1907) 3 A.C. 65, although as a matter of actual holding sustaining a provision in a federal Act prohibiting an interprovincial railway from contracting out of liability for injuries to its employees, placed its holding expressly on the basis that the provision was «ancillary to railway legislation» and conceded that in its general character a measure «prescribing the terms ... to regulate the relations of ... employees» deals with civil rights. This position has been developed and farther illustrated in a series of cases, as well in the Supreme Court of Canada as before the Judicial Committee of the Privy Council holding *ultra vires* a variety of federal Acts respecting the employment situation.

In re Legislative Jurisdiction over Hours of Labour, (1925) S.C.R. 505, *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, (1925) A.C. 396, and *A.G. Can., v. A.G. Ont.*, (1937) A.C. 326, were all cases holding federal legislation dealing with labour relations in various particulars to be *ultra vires*. Since no provincial legislation was directly in issue in any of them, they are not to be taken as binding on the question of provincial power. Nevertheless the reasoning on which each of them rested involved analysis of the respective competences of Parliament and of the Provinces and each of them in clear language described labour legislation as referable to «civil rights». The particulars with which the legislation dealt varied. The first involved a measure prescribing the length of the work day and the work week. The second related to an Act establishing an agency and procedures for dealing with industrial disputes. The Weekly Rest in *Industrial Undertakings Act*, the *Minimum Wages Act*, and the *Limitation of Hours of Work Act* were all ruled on in the third, a case which came up by way of reference. Thus a range of items of varying content with respect to the conditions of employment was presented for consideration and each was viewed as falling within provincial regulatory competence.

Likewise, the adoption of workmen's compensation legislation has been held to be within provincial competence because it deals with «*the workman's statutory contract*», *Workmen's Compensation Board v. Canadian Pacific Railway Company*. (1920) A.C. 184, at 191, and thus with a civil right.

The uniform course of recognition of different aspects of the employment relation as a civil right established beyond a doubt, it is submitted, that an Act, prescribing the language of work, which is in pith and substance concerned with working conditions, would be *intra vires* a province under section 92(13).

(2) There would, however, be some forms of enterprise where they would not apply. The distinction has been clearly stated in the following excerpt from Laskin, *Canadian Constitutional Law* (3d ed. rev.) 434: «*In the field of employer-employee and labour management relations, the division of authority between Parliament and provincial legislatures is based on an initial conclusion that in so far as such relations have an independent constitutional value, they are within provincial competence; and, secondly, in so far as they are merely a facet of particular industries or enterprises their regulation is within the legislative authority of that body which has power to regulate the particular industry or enterprises*». The discussion which follows lists as illustrations of industries reserved for federal regulation: — interprovincial railways, telegraphs and telephone operations and shipping, radio, aerial navigation and atomic energy, enterprises declared to be for the general advantage of Canada pursuant to section 92(10) (c) and federal government operations and federal Crown enterprises.

As to these, it is not open to the provinces to regulate the employment relation even in the absence of federal legislation. In *Bell Telephone Company of Canada v. Minimum Wage Commission* (1966) B.R. 301, the judges of the Court of Queen's Bench all agreed in denying application of the *Minimum Wage Act*, R.S.Q. 1941, c. 164, to the employees of the company, a provincially interconnecting line, but they were divided as to whether this was because the Province lacked power in the field or because existing federal legislation rendered the provincial Act inoperative. The decision was sustained in the Supreme Court, (1966) S.C.R. 767, in an opinion by Martland, J., accepting the first of these two lines of reasoning. He said «*...regulation of the field of employer and employee relationships in an undertaking such as that of the respondents... is within the exclusive legislative jurisdiction of the Parliament of Canada. Consequently, any provincial legislation in that field, while valid in respect of employers not within exclusive federal legislative jurisdiction, cannot apply to employers who are within that exclusive control*». (p. 777).

The mere fact that industries have «interprovincial ramifications» however does not lead to their exclusion from provincial control, see Las-kin, *loc. cit.* The proposition is so well-accepted that the Supreme Court of Canada when sustaining in *Carnation Co. Ltd. v. Québec Agricultural Marketing Board*, (1968) S.C.R. 238, a Board order relating to milk, the ultimate distinction of which was as the record showed dominantly outside the Province, argued from the analogy of labour regulation as to which «there would seem to be little doubt as to the power of a Province.»

B. It is possible but much less certain that a statute in pith and substance dealing with the matter of language rights would come within a class of subjects assigned to the Provinces. There does not appear to be any case where the issue was directly raised.

The only provision in the *British North America Act* which speaks to the question of language is section 133, guaranteeing use of French and English alike in the legislatures, the judicial proceedings, and the published statutes of Canada and Québec. None of these particular use is contemplated as being within the coverage of the legislation proposed. (It would probably be unwise to make specific reference in it to section 133 by way of a saving clause for that might be thought to show that the statute did not relate to labour but to language.)

A handful of cases in courts in the Provinces have dealt with language use for purposes related to judicial proceedings. That is the only connection in which the matter has been litigated so neither the reasoning or the holdings of the cases give clear guidance on the issue of the location of general legislative competence to deal with language. In denying a claim to allow use of the French language in a criminal trial, the British Columbia Supreme Court rested its decision, *R. v. Watts, Ex parte Poulin*, 69 D.L.R. 2d 526 on the fact that the trial was in a Magistrate's court; and the Appeal Division of the New Brunswick Supreme Court read sections of the Canada Evidence Act, R.S.C. 1952, c. 307, s. 36 and *The Evidence Act*, R.S.N.B. 1952, c. 74, s. 23C in conjunction as not having authorized such use. In each case the result was made to turn on Provincial law governing the local reception of English statutes, in New Brunswick as of 1660 through case law, in British Columbia as of 1858 by virtue of *the English Law Act*. In relying on a provincial statute for the governing rule, the British Columbia holding may lend some slight support to the view that language is a matter for the provinces.

Like the federal government in its *Official Languages Act*, R.S.C. 1970, c. 0-2, the Provinces have dealt only with language use in official communications and services of the enacting government in so far they have dealt with the matter at all. There is nothing therefore to establish a

settled legislative understanding and, in the absence of legislation, no occasion has arisen calling for a judicial pronouncement.

Looking strictly at the words used in the *British North America Act*, the most relevant term would seem to be «matters of a merely local or private nature in the Province», section 92 (16). The problem has been dealt with in that light in other multilingual nations like Belgium, Switzerland and Finland. It seems also to have been so recognized in the statute of Geo. II, c. 26, which in prescribing the use of the English language in court proceedings made the requirement applicable in England only and not in Scotland except for the Exchequer.

What indications there are would therefore seem to point to the regulation of language as a matter rather more provincial than otherwise, but they are so inconclusive that it would be advisable to avoid drafting legislation of that nature if labour legislation will accomplish all that is desired.

C. A further inquiry which needs to be made involves the doctrine of paramountcy. That doctrine does not go the validity of the provincial legislation. Indeed one of its premises is that that is *intra vires*. It deals with its force and effect by suspending its operation in the presence and by reason of related federal legislation. It has often been phrased in terms of a conflict between the federal and the provincial provisions but conflict in the sense of complete repugnancy is not required, the test being that of operating incompatibility. If that exists, the provincial statute is inapplicable to situations which fall within the ambit of the federal enactment.

To the extent that this doctrine calls for examination, it is immaterial whether the proposed Act be drawn as labour legislation or language legislation.

The *Official Languages Act*, R.S.C., c. 0-2 is confined to dealings with and of federal agencies and instrumentalities acting in an official capacity. Nothing in it purports to have any application to the conduct of enterprises outside those categories. Even enterprises with which the federal government contracts to acquire supplies would seem on the authority of *R. v. Ontario Labour Relations Board, Ex parte Dunn*, (1963) to be sufficiently distinct that their operations are subject to provincial labour laws, the relationship of supplier not sufficing to identify such an establishment with the customer.

An argument might be made that the *Canadian Bill of Rights*' guarantees of right to equality before the law, of freedom of speech and of freedom

of assembly and association, 8-9. Eliz. II, c. 44, section 1, are relevant to legislation designed to limit or to prescribe the use of a particular language as a medium of communication. In the United States such a claim might have a fair prospect of judicial adoption but in Canada that is doubtful. In any event, however that might be as to federal legislation, the *Bill of Rights* is limited by its own terms, section 5, to Acts of Parliament or subordinate legislation there under and laws subject to be repealed or altered by Parliament. It has been distinctly and uniformly held that provincial legislation is not subject to the *Bill of Rights*.

Dominion companies operating within Québec could not successfully maintain that by virtue of their federal incorporation they need not comply with legislation of the type proposed.

«...the Dominion Parliament has by necessary implication given these companies a status which enables them to exercise these powers in the Province... they cannot be interfered with by any Provincial law in such a fashion as to derogate from their status and their consequent capacities, or, as the result of this restriction, to prevent them from exercising the powers conferred on them by Dominion law... However... when a company has been incorporated by the Dominion Government with powers to trade in any Province it may not the less, consistently with the general scheme, be subject to Provincial laws of general application». *Great West Saddlery Co. v. The King*, (1921) 2 A.C. 9, 100.

Of the many cases where such Provincial legislation has been applied to the operations of such a company, *C.P.R. v. A.G.B.C.* (1950) A.C. 122, holding certain operations carried on by the Canadian Pacific Railway subject to provincial labour legislation may be cited as representative and pertinent.

There are no other federal enactments which bear even remotely on the subject with which the proposed Act is concerned.

D. I cannot pretend to any special competence to advise on the bearing of the laws of Québec as to which Item (1) (A) of your inquiry and in part Item 2 ask an opinion. On the well-established principle first laid down in *Hodge v. The Queen*, 9 App. Cas. 117 (1883) that the legislatures of the Provinces have «authority as plenary and as ample within the limits prescribed by section 92 as the Imperial Parliament in the plenitude of its power possessed and could bestow», I should have assumed that there were no limitations on what the *Assemblée nationale* can enact other than such as might trace to the *British North America Act*. If there are limitations in Québec on the doctrine of parliamentary sovereignty

beyond those applied elsewhere in Canada, it would be rash for one not specially trained in Québec law to attempt to speak to their existence or extent.

E. The third and fourth items of the «*Demande d'Avis*» ask about the prescription of preferential or sponsored status for one language «*si le Gouvernement de Québec n'a pas le droit d'établir une langue quelconque comme seule langue d'usage dans les milieux de travail, dans la province*». Since in my judgment Québec does have the right so to legislate in the event the legislation deals in pith and substance with the employment situation, the questions under those items do not therefore call for an answer. I may note however that the power to deal with the matter in those more limited ways would be exactly equivalent to a power to require the use of a particular language. It would not be possible to make them operative for the sorts of enterprise noted as being federal concerns since it is not the degree but the fact of labour regulation in connection with them which is of critical importance. Indeed I should think it might be unwise to elect the alternatives under items 3 or 4. It would be harder in drafting legislation to avoid arrangements more appropriate to language rights than to conditions of employment. While, as I have indicated, it is possible that the former might be found to be a matter coming within a provincial class of subjects, it is much less clear than is the case for a statute of the later kind.

F. In summary, it is my view that Québec can designate a particular language as the language of work in the province, that an act to the effect should be clearly drawn so as to show that the thing being regulated was employment conditions (perhaps by inserting it in the *Code du Travail* and entrusting administration to the Minister of Labour although these are merely suggestions) and that such an act would be operative generally except for those types of establishments which are of peculiarly federal concern.

(ii) La compétence constitutionnelle et juridique pour instituer une langue de travail au Québec

Opinion de

Gérald Beaudoin
(Université d'Ottawa)

(ii) Constitutional-Legal Competence as to Establishment of Language of Work in Québec

Opinion of

Gérald Beaudoin
(University of Ottawa)

Août 1972 August

Vous avez exprimé le désir d'obtenir une opinion assez succincte sur la compétence de la Législature du Québec en matière de réglementation de la langue de travail au Québec.

Ce problème est très important; il est également très politisé. Dans les lignes qui suivent, j'entends m'en tenir strictement à la seule question juridique. Il appartient au législateur québécois de considérer la question dans son ensemble et de prendre, sur le plan politique, la décision appropriée.

Le droit en matière linguistique n'est pas un domaine où l'on compte beaucoup de textes législatifs, de doctrine et de jurisprudence⁽¹⁾. Pourtant, plus que jamais aujourd'hui, l'on réalise toute son importance.

L'article 133 de la *Constitution de 1867* traite des langues officielles⁽²⁾. Dans l'affaire MacKell de 1917, lord Buckmaster fit remarquer que cet article est le seul dans l'*Acte de 1867* qui concerne les langues française et anglaise⁽³⁾. Notre *Constitution* fut amendée depuis 1917, notamment en 1949, pour habiliter l'autorité législative centrale à modifier la *Constitution du Canada*, sauf, *inter alia*, «en ce qui regarde l'emploi de l'anglais et du français»⁽⁴⁾. Si l'on excepte les articles 91(1) et 133, la loi fondamentale est silencieuse sur le sujet des droits linguistiques. Des lois, de nature constitutionnelle, sont venues s'ajouter à l'*Acte de 1867*; de même certaines coutumes se sont établies; enfin, une partie de notre Constitution est non écrite; nous reviendrons sur ces sujets.

L'article 133 est bien connu. Il traite de l'usage du français et de l'anglais au Parlement fédéral, à la Législature québécoise, dans les cours de justice fédérales et les cours du Québec. Tantôt, l'usage de ces deux langues est impératif, tantôt, il est facultatif; les lois fédérales et québécoises sont édictées dans les deux langues⁽⁵⁾.

(1) Je cite en annexe quelques articles et ouvrages sur cette question.

(2) The British North America Act, 1867, 30-31 Victoria, c. 3.

(3) Affaire MacKell, 1917, A.C. 62, à la page 74. «...the only section in the British North America Act, 1867, which relates to the use of the English and French languages (s. 133) does not relate to education, and is directed to an entirely different subject-matter».

(4) The British North America Act (no. 2) 1949, 13 George VI, c. 81. La rubrique 1 de l'article 91 est devenue la rubrique 1A et une nouvelle rubrique 1 fut ajoutée. L'objet de cet alinéa 1 est le pouvoir fédéral d'amendement.

(5) Les arrêts Dubois, 1935, R.C.S. 378. Winthrop, 1948, R.C.S. 46, C.A.P.A.C. 1951, R.C.S. 596 et Goodyear, 1956, R.C.S. 610 sont à l'effet que les deux textes de lois sont officiels et ont la même valeur. Pour fins d'interprétation, les deux versions font pareille autorité; on doit lire les deux textes ensemble et, en cas d'ambiguïté, donner préséance à celui qui exprime le mieux l'intention du législateur. Voir à ce sujet un article de M^r Reynald Boulé, «Le bilinguisme des lois dans la jurisprudence de la Cour Suprême du Canada», Ottawa Law Review, 1968, Vol. 3, No. 1, p. 323. L'article 8 de la Loi sur les langues officielles, Statuts du Canada, 1968-69, c. 54, adoptée par le Parlement fédéral, s'inscrit dans la même logique et codifie ce principe en le perfectionnant.

On peut se poser la question de savoir si l'article 133 peut être modifié. L'autorité fédérale ne peut, de son propre chef, amender cet article. L'amendement de 1949 le lui interdit. Le Parlement de Londres pourrait certes le faire; une pareille demande viendrait de l'autorité fédérale, mais du consentement de toutes les provinces, d'après certains juristes⁽⁶⁾. La législature du Québec pourrait-elle prohiber à l'Assemblée nationale et devant les tribunaux qu'elle a érigés l'usage d'une de ces deux langues? Un grand nombre de juristes croient que l'article 133 est un article intangible, une garantie constitutionnelle, un minimum que ni le Parlement ni la Législature ne peuvent modifier. Il faudrait une loi du Parlement du Royaume-Uni⁽⁷⁾. La rubrique 1 de l'article 92 qui habilite la Législature à amender sa Constitution, sauf en ce qui regarde le poste de Lieutenant-Gouverneur ne lui permet pas de mettre de côté la partie de l'article 133 qui la concerne, car cet article est de droit fondamental et ne fait pas partie de la Constitution provinciale⁽⁸⁾. Certains autres juristes sont d'avis que l'article 92(1) à cause de la clause «*non obstante*» ne restreint en rien la Législature sur ce plan comme l'article 91(1) le fait pour le Parlement fédéral⁽⁹⁾. La Cour Suprême n'a pas été appelée à se prononcer. Cependant, comme l'article 133 est, somme toute, limité et ne touche pas à la langue de travail, ni dans la fonction publique du Québec, ni dans le secteur privé ou public du monde du travail, il n'est pas nécessaire d'élaborer davantage. Je comprends que je n'ai pas à me prononcer sur ce point.

Avant de passer à l'étude de la réglementation de la langue dans les milieux du travail, il me faut également écarter une autre question brûlante, soit le statut du français et de l'anglais dans les écoles du Québec. Depuis l'arrêt MacKell de 1917, les juristes ont pris pour acquis que le

(6) P. Gérin-Lajoie, «*Du pouvoir d'amendement constitutionnel*», *Revue du Barreau canadien*, 1951, p. 1136, à la p. 1154. «*Les droits en question sont de la nature de garanties intangibles encore plus fondamentales que les attributs de la souveraineté provinciale*».

(7) Jean Beetz, «*Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867*», article paru dans «*L'avenir du fédéralisme canadien*», édité par P.-A. Crépeau et C.B. Macpherson, p. 113, à la page 114.

P.E. Trudeau, «*Le fédéralisme et la société canadienne-française*», p. 210; F.R. Scott, «*Civil Liberties and Canadian Federalism*», p. 32; le doyen Scott prétend que sur ce plan le Manitoba et le Québec sont sur un même pied. Herbert Marx, «*Language Rights in the Canadian Constitution*», *Thémis*, 1967, p. 239, aux pages 242-243; Frederick B. Sussmann, «*Bilingualism and the Law in Canada*», p. 15, article paru dans le cadre des travaux du sixième colloque international de droit comparé, 1969, Éditions de l'Université d'Ottawa.

(8) L'expression «*Constitution de la province*» n'a pas fait l'objet de beaucoup d'étude. Dans l'affaire Ulmer (1925) 1 W.W.R. 1, le juge Beck à la page 25 restreint ladite expression à la Section V de l'Acte de 1867. L'article 133 ne fait pas partie de la Section V.

(9) Armand L.-C. De Mestral & William Fraiberg, «*Language Guaranties and the Power to Amend the Canadian Constitution*», 1966-67, *McGill Law Journal*, 502, exposent les deux théories aux pages 509 à 513.

paragraphe 1 de l'article 93 ne concerne que la religion et non la langue⁽¹⁰⁾.

Autrement dit, l'article 93, paragraphe 1, n'empêche pas la Législature de se donner, dans les écoles du Québec, la politique linguistique de son choix. Restent les paragraphes 3 et 4 de l'article 93. Si certains droits accordés à une minorité après 1867 sont enlevés par la suite, la minorité qui subit un préjudice peut en appeler au Gouverneur Général en conseil⁽¹¹⁾. On affirme, dans certains milieux, que les droits linguistiques octroyés dans une mesure législative portant sur l'éducation reçoivent ainsi une protection de ce texte constitutionnel⁽¹²⁾. C'est là une partie du débat sur le projet de loi 28. Comme ce problème ne touche pas, à proprement parler, à l'objet de mon mandat, je ne l'étudie pas et je ne le mentionne ici que pour mieux l'écarter.

L'objet de la présente étude est restreint à l'usage du français comme langue de travail au Québec. Sur le plan strictement juridique, est-il possible pour la Législature du Québec de réglementer l'usage du français comme langue de travail dans les secteurs publics aussi bien que privés; est-il loisible au législateur québécois de reconnaître à la langue française une priorité, une prépondérance voire une exclusivité? Telle est la question.

Il n'y a pas dans la *Constitution de 1867*, au chapitre de la répartition des pouvoirs, une compétence énumérée en matière linguistique. Ni l'autorité fédérale, ni les autorités provinciales n'ont reçu une compétence «nommée» sur les langues (*in relation to languages*).

L'opinion qui semble la plus communément admise chez les juristes

(10) Lord Buckmaster est très explicite à ce sujet, aux pages 69 et 74 du jugement: «*Further the class of persons to whom the right or privilege is reserved must, in their Lordships' opinion be a class of persons determined according to religious belief and not according to language*». (p. 69) «... people joined together by the union of language and not by the ties of faith do not form a class of persons within the meaning of the Act» (p. 74).

(11) Ces paragraphes sont toujours en vigueur. Ils n'ont jamais donné cependant les résultats qu'on en attendait, notamment au Manitoba.

(12) Patrice Garant, «*Les droits fondamentaux en matière d'enseignement: la question linguistique*». Revue du Barreau, 1970, p. 320, à la page 327. Le Bill 63 (S.Q. 1969, c. 9) permet aux parents d'exiger des commissions scolaires un enseignement en anglais pour leurs enfants. D'après cet auteur, en donnant aux parents le droit de choisir la langue d'instruction pour leurs enfants, cette disposition devient protégée par le paragraphe 3 de l'article 93. Cette protection ne permet pas aux tribunaux d'annuler une loi qui enlèverait ce droit par la suite, mais ouvre la porte à un appel au Gouverneur Général en Conseil pour remédier à la situation. M^r Guy Houle, à la page 160 de son ouvrage «*Le cadre juridique de l'administration scolaire locale au Québec*», écrit que les paragraphes 3 et 4 de l'article 93 ne s'appliqueraient pas à Montréal et à Québec, et que, en province, seuls les dissidents pourraient s'en prévaloir.

veut que le Parlement central et les Législatures puissent légiférer en matière linguistique en vertu de leur compétence dite «*ancillaires*»⁽¹³⁾.

Un juriste, toutefois, a mis en doute le pouvoir de l'autorité fédérale de légiférer en matière linguistique. C'est l'Honorable Joseph Thorson, ancien Président de la Cour de l'Échiquier. Il prétend que la loi fédérale sur les langues officielles est *ultra vires* premièrement parce qu'elle contrevient à l'article 91(1) de l'Acte de 1867 qui empêche le Parlement de légiférer sur l'usage du français et de l'anglais, et, en second lieu, parce qu'elle multiplie les cas d'usage de la langue française, alors que l'article 133 les énumère et les restreint.

Le Premier Ministre Trudeau a répondu que la Loi sur les langues officielles n'enlève aucun droit, aucun privilège à l'une ou à l'autre langue, et que l'article 133 dans ce qu'il permet et dans ce qu'il ordonne demeure inchangé, après l'adoption de la loi; il n'y a donc pas violation des articles 91(1) et 133; en second lieu, il est impossible de trouver quelque limitation que ce soit dans les termes de l'article 133; cet article n'empêche pas qu'on y ajoute. Il concluait en conséquence:

«... both Parliament and the Legislatures, acting within their respective jurisdictions, are competent to legislate so as to deal with lan-

(13) A.-L.-C. De Mestral & W. Fraiberg, op. cit., page 505. J.-B. Paradis, «*Language Rights in Multicultural States: A Comparative Study*», Revue du Barreau canadien, 1970, page 651, à la page 677. C.-A. Sheppard, «*The Law of Languages in Canada*», Étude n° 10. Commission sur le Bilinguisme et le Biculturalisme, p. 102. F.B. Sussmann, op. cit., pp. 16-17. À la Chambre des communes, M^e Mark MacGuigan, ancien doyen de la Faculté de Droit de Windsor (et plus tard, co-président du comité parlementaire sur la Constitution) déclarait: «*It is true that there is no explicit power with regard to language in the British North America Act for either level of government. This means that it either comes under the federal residual power or — and this is the more usual interpretation — it is ancillary to other powers in the Constitution*», Débats de la Chambre des communes, 20 mai 1969, page 8877. À propos du pouvoir dit «*ancillaire*», nous n'ignorons pas les critiques formulées par le professeur Bora Laskin, maintenant juge à la Cour Suprême du Canada. Dans son ouvrage «*Canadian Constitutional Law*», 1^{re} édition, à la page 51, il fait remarquer que ce pouvoir est une méthode assez «*tortueuse*» d'expliquer la théorie de l'aspect. Peut-être au fond, sommes-nous en présence d'une verbalisation. Aussi, devons-nous nous attacher davantage au but, à l'essence et à la substance de la mesure législative et considérer l'angle sous lequel le législateur l'a édictée. Si le domaine réglementé par la loi provinciale entre dans les cadres de l'article 92, cette loi sera valide. Comme, dans la présente instance, le domaine envisagé est celui du travail, et, comme ce dernier, en principe, est de juridiction provinciale, une mesure législative sur les conditions de travail, qui traiterait *inter alia* de la langue de travail serait *intra vires* des pouvoirs provinciaux. Une autre façon d'envisager le problème consisterait à affirmer que l'autorité fédérale et la législature du Québec peuvent légiférer en matière de droits linguistiques en vertu de leurs pouvoirs généraux respectifs, soit la clause introductive de l'article 91 et la rubrique 16 de l'article 92: la théorie dite de l'aspect s'appliquerait. Nous n'avons pas trouvé, dans la doctrine, une argumentation à cet effet.

guage as a means of communication be the language English, French or any other language for that matter so long as the legislation does not conflict with the principles contained in section 133».⁽¹⁴⁾

La Cour Suprême n'a pas été appelée à se prononcer sur la constitutionnalité de cette loi.

Dans les domaines que leur attribue la *Constitution de 1867*, les législatures provinciales sont souveraines. Leur autorité n'est pas déléguée; elle est plénière et exclusive. En légiférant dans sa sphère législative, une province jouit de la même souveraineté que l'autorité fédérale agissant dans la sienne. Les deux autorités «*exercent le pouvoir suprême de l'État*»⁽¹⁵⁾. Les arrêts Hodge⁽¹⁶⁾, Maritime Bank⁽¹⁷⁾, Edwards⁽¹⁸⁾, et le renvoi sur le référendum⁽¹⁹⁾, pour ne citer que ceux-là, sont clairs et disposent de cette question.

La rubrique 13 de l'article 92 accorde en exclusivité aux provinces le pouvoir de légiférer en matière de propriété et de droits civils et la rubrique 16 donne à ces dernières une compétence résiduelle dans les matières de nature locale et privée. Le Comité Judiciaire du Conseil Privé a donné à la rubrique 13 une interprétation généreuse⁽²⁰⁾.

Le domaine du travail ne fait pas comme tel l'objet d'une compétence énumérée. Cependant, dans le célèbre arrêt Snider⁽²¹⁾, le Comité Judiciaire du Conseil Privé déclara que la loi Lemieux sur les relations du travail n'était pas de la compétence du Parlement central mais entraînait plutôt sous l'acception de «*propriété et droits civils*», énumérée à la rubrique 13 de l'article 92 et était, par conséquent, du ressort législatif

(14) P.E. Trudeau, «*Proposed Official Languages Act*,» Chitty's Law Journal, January 1969, p. 2. Voir également J.-B. Paradis, op. cit., p. 686, et Robert Kerr: «*Regina v. Murphy and Languages Rights Legislation*,» 1970, U.N.B. Law Journal, p. 35, aux pages 45-46. Ces auteurs se prononcent en faveur de la constitutionnalité de la mesure législative en question. François-Albert Angers dans son ouvrage «*Les droits du français au Québec*,» fait remarquer à la page 86 que la thèse Thorson est «*...plus historique que juridique...*» et que «*...l'article 133 ne saurait interdire que ce qui est interdit: en l'occurrence, rien*». Il croit donc que l'autorité centrale peut étendre les droits du français.

(15) Paul Gérin-Lajoie, op. cit., p. 1147.

(16) Hodge c. La Reine, (1883-84) 9 A.C. 117, à la page 132.

(17) Maritime Bank of Canada c. Receveur Général du Canada, 1892, A.C. 437, aux pages 441-43.

(18) 1930, A.C. 124, à la page 136.

(19) In re The Initiative and Referendum Act, 1919, A.C. 935, à la page 942.

(20) Il n'est que de s'en reporter aux arrêts Parsons, 7 A.C. 96, Snider, 1925, A.C. 396, et l'affaire des Conventions du Travail, 1937, A.C. 326. Dans l'arrêt Parsons, on a fait remarquer que l'expression «*Property and Civil Rights*» est employée dans son sens le plus large.

(21) 1925, A.C. 396.

des provinces. En principe, le domaine du travail est donc provincial. Des arrêts subséquents sont venus décréter que l'autorité fédérale pouvait réglementer les relations du travail de ses employés et fonctionnaires⁽²²⁾ et des employés des entreprises dont les activités tombent sous la compétence exclusive du Parlement central⁽²³⁾.

Si l'on excepte ce domaine précis de l'autorité centrale, les législatures provinciales peuvent donc régir les relations du travail⁽²⁴⁾. Ceci comprend des matières telles que les heures de travail, les taux de salaires, les conditions de travail, etc. Qu'en est-il de la réglementation de la langue au travail? Le pouvoir de réglementer la langue dans les milieux du travail est-il direct ou implicite? Les auteurs cités plus haut semblent croire qu'il est plutôt implicite. A supposer qu'il n'est qu'ancillaire, il est néanmoins très réel et peut être susceptible d'avoir une grande portée. Les tribunaux ont reconnu au pouvoir ancillaire provincial une extension assez considérable⁽²⁵⁾.

Il ressort de ce qui précède que, dans la fonction publique provinciale⁽²⁶⁾, dans les secteurs public et privé du monde du travail, qui relèvent de la compétence législative du Québec, il n'existe donc aucun obstacle, sur le plan strictement juridique, à la réglementation de la langue du travail. Dans ces cas, Québec peut prévoir que le contrat de travail sera rédigé dans les deux langues ou en français seulement; que les directives de travail seront données dans les deux langues ou en français seulement, etc. En un mot, à l'intérieur de ce cadre, il peut décréter le bilinguisme ou la prépondérance du français⁽²⁷⁾ ou, s'il le croit nécessaire, l'unilinguisme.

(22) Avis consultatif sur les heures de travail (1925), R.C.S., p. 511.

(23) Affaire des débardeurs, 1955, R.C.S. 529; l'affaire Bell Telephone, 1966, R.C.S. 767 et l'affaire Agence Maritime, 1969, R.C.S. 851. Dans l'affaire Bell Telephone, la Cour Suprême a approuvé le principe énoncé par le Juge Abbott dans le renvoi sur le Conseil canadien, 1955, R.C.S. 529, savoir que le droit de grève, le droit de négociation, la détermination des heures de travail, de salaires, les conditions de travail font partie intégrante de toute entreprise commerciale et le pouvoir de légiférer en ces domaines, lorsqu'il s'agit d'entreprises qui tombent sous la compétence législative du Parlement, tombe sous la compétence de l'autorité centrale. Comme le Juge Fauteux le fait remarquer dans l'affaire Agence Maritime, à la p. 860: «Cela implique évidemment qu'en règle générale c'est la législation provinciale qu'il faut appliquer en ces matières aux entreprises du ressort législatif des provinces».

(24) M^r L.-P. Pigeon, c.r. «*Rédaction et interprétation des lois*», p. 44. M^r Pigeon est maintenant juge à la Cour Suprême du Canada.

(25) Voir les arrêts Ladore (1939), A.C. 468 et Bafrield Enterprises (1963), 42 D.L.R. (2nd) 137.

(26) F.B. Sussmann, op. cit., p. 27.

(27) H. Marx, op. cit., p. 281. Une telle prépondérance serait constitutionnellement valide. Vide la Recommandation 42 du Rapport Laurendeau-Dunton à ce sujet.

Reste le cas des entreprises qui tombent sous la compétence fédérale et qui sont situées au Québec. Leur cas semble prévu, en partie du moins, par l'article 2 de la Loi sur les langues officielles qui édicte ce qui suit:

«L'anglais et le français sont les langues officielles du Canada pour tout ce qui relève du Parlement et du Gouvernement du Canada; elles ont un statut, des droits et des privilèges égaux quant à leur emploi dans toutes les institutions du Parlement et du Gouvernement du Canada».

Ceci comprend la fonction publique fédérale et les organismes et les services proprement fédéraux. Notons, au passage, que selon l'opinion récemment exprimée par le Commissaire aux langues officielles, cette mesure n'empêche pas que le français soit la langue essentielle des échanges dans le secteur québécois de l'administration fédérale⁽²⁸⁾.

Pour ce qui est des entreprises qui sans être, en droit, des institutions du Parlement ou du Gouvernement du Canada, n'en tombent pas moins sous la compétence législative de l'autorité centrale, comme, par exemple, les entreprises de navigation, certaines entreprises de téléphone, etc., le pouvoir fédéral aurait compétence pour régir la langue de travail.

L'autorité centrale a déjà été au-delà de l'article 133; notamment en édictant la Loi des langues officielles. Les législatures provinciales ont également légiféré en matière linguistique. Ainsi, le Nouveau-Brunswick a adopté une mesure législative sur les langues officielles⁽²⁹⁾. Peu après 1867, plusieurs provinces ont prévu par voie législative que l'anglais serait la langue d'enseignement. Dans le domaine judiciaire, le pouvoir fédéral et les provinces ont légiféré⁽³⁰⁾. Québec a édicté des dispositions législatives en matière linguistique⁽³¹⁾.

(28) M. Keith Spicer, Commissaire aux langues officielles, dans son premier rapport annuel (1970-1971), déposé au Parlement, remarquait, à la page 4, que «...l'avenir du français en Amérique du Nord dépendra surtout de la façon dont le Québec saura affermir sa principale langue de culture pour en faire une langue de travail et d'échanges sociaux...» et que «la vitalité du français... reposera sur... la saine prédominance du français dans ce seul territoire où les francophones forment la majorité...» À la page 5 dudit rapport, il affirme que «la loi sur les langues officielles ne contredit pas ces hypothèses» ... et que son Bureau «peut appuyer dans le secteur québécois de l'administration fédérale, la volonté maintes fois exprimée de faire du français, au Québec, la langue essentielle des échanges officiels, économiques et sociaux».

(29) S.N.B. 1969 c. 14.

(30) L'autorité fédérale a légiféré dans le domaine des jurys, l'Ontario, dans le domaine de la langue des procès: The Judicature Act, R.S.O. 1960, c. 197, s. 124.

(31) À titre d'exemple, S.Q. 1969, c. 9; le Code du travail, S.R.Q. 1964, c. 141, art. 51; 1965, 13-14 Eliz. II, c. 14, amendé 1969, c. 14: on prévoit dans cette mesure que la connaissance d'usage de la langue française est une condition de l'octroi de la permanence dans la fonction publique pour les fonctionnaires et les ouvriers. *Vide* Sheppard,

Certains auteurs⁽³²⁾ cependant voient au pouvoir de légiférer en matière linguistique une limite autre que celles déjà prévues par les articles 133 et 91(1) de la Constitution. Cette limite serait la liberté d'expression. On pourrait certes envisager une mesure qui irait à l'encontre de la liberté d'expression, comme ce fut le cas en 1938, dans l'affaire des statuts albertains⁽³³⁾, et, en 1957, dans l'affaire de la *loi du Cadenas*⁽³⁴⁾. Cependant, le fait d'édicter une mesure qui donne préséance ou priorité à une langue sur l'autre dans le domaine du travail, ne va pas à l'encontre de ce principe, selon nous. Il en est également ainsi dans les cas d'exclusivité dans des domaines et des secteurs précis. Dans les quelques arrêts que nous avons relevés en matière de droits linguistiques, les tribunaux n'ont pas retenu pareil argument. Nous n'avons pas, chez nous, de déclaration constitutionnelle des droits fondamentaux, c'est-à-dire une déclaration inscrite dans le texte même de la *Constitution* et qui lie le Parlement et les législatures⁽³⁵⁾. La *Déclaration canadienne des droits* de 1960⁽³⁶⁾ ne lie que l'autorité centrale, et, de plus, n'a pas de contenu sur les droits linguistiques, si ce n'est le droit à l'interprète⁽³⁷⁾. Enfin, l'argument voulant que le droit de parler une langue soit un droit naturel qui échappe à toute réglementation législative n'a pas été retenu, en 1917, par le Comité Judiciaire du Conseil Privé⁽³⁸⁾.

op. cit., pp. 257-58, et De Mestral et Fraiberg, op. cit., notes en bas de page 504. Il est normal que dans les pays où plus d'une langue est parlée, la Constitution et le législateur réglementent les droits linguistiques. Dans les autres pays, la Constitution et les lois sont généralement silencieuses sur ce plan; on ne prend pas la peine de dire quelle est la langue officielle: cela va de soi.

(32) De Mestral et Fraiberg, op. cit., pp. 508-509.

(33) 1938, R.C.S. 100.

(34) L'affaire Stitzman, 1957, R.C.S. 285. La *loi du Cadenas du Québec* fut déclarée ultra vires dans cette affaire. Notons que les expressions «civil rights» de l'article 92(13) et «droits fondamentaux» ne sont pas synonymes. Voir à ce sujet F.R. Scott, *Civil Liberties and Canadian Federalism*, pp. 24-25; J.-Y. Morin, *Une charte des droits de l'homme pour le Québec*, McGill Law Journal, 1963, p. 290. P.-B. Mignault, *Droit civil canadien*, vol. 1, p. 131, cité par Juge Kellock, affaire Saumier de 1953, p. 348.

(35) On a formulé l'espoir qu'une telle déclaration voie le jour et qu'en tête de liste figurent les droits linguistiques. *Vide* Trudeau, op. cit., p. 2. Voir également dans le même sens Marx, op. cit., p. 284.

(36) 1960, S.C. c. 44.

(37) S.C. 1960, c. 44, article 2g.

(38) Dans l'affaire MacKell, lord Buckmaster, à la page 74, fit remarquer à M^r Belcourt qui arguait que la réglementation de la langue allait à l'encontre d'un droit naturel, qu'à moins qu'un tel droit ne soit l'un de ceux prévus à l'*Acte de 1867*, la Cour ne peut pas intervenir. Nous sommes en présence ici du droit de communiquer d'un individu à un autre. Certains prétendront que ce droit est plus qu'un droit civil. En prenant pour acquis qu'il s'agit d'un droit de l'homme, ceci ne veut pas dire que la province ne peut pas le réglementer. Elle le peut si elle reste à l'intérieur du cadre de l'article 92. Une législature provinciale peut, par exemple, édicter une loi sur la diffamation; en ce faisant, elle restreint la liberté d'expression. Pour ce qui est du respect du droit naturel, il revient au législateur de considérer le problème dans son

Sur le plan juridique, la législature du Québec possède (sous les quelques réserves ci-haut stipulées) toute la compétence voulue pour régler l'usage des langues, pour assurer une protection toute spéciale au français, pour en étendre l'usage comme langue de travail, pour l'imposer comme langue principale de travail, et pour en décréter l'exclusivité si elle le désire. Ceci peut exiger une certaine dextérité sur le plan législatif. Il ne s'agit pas de quelque chose d'insurmontable.

Il existe cependant d'autres dimensions à ce problème, dont la première m'apparaît être la dimension proprement politique. Comme je le disais, au début, il revient aux dirigeants politiques de considérer la question dans tous ses aspects et de prendre la décision qui s'impose dans les circonstances actuelles. *«La décision de légiférer dans le domaine linguistique, comme toute autre décision collective, est d'abord une question politique»*⁽³⁹⁾.

ensemble. Il peut prévoir l'usage de deux langues avec prépondérance de l'une ou encore, il peut décréter l'unilinguisme dans une partie du territoire et le bilinguisme dans une autre. Il y a ici plusieurs hypothèses possibles. À ce moment, le problème devient politique. Sur le statut permissif d'une langue, il y a lieu de consulter l'arrêt: *G.M.A.C. v. Perozni*, 1965, 51 D.L.R. (2d) 724. La langue française est une langue dont l'usage est permis en Alberta. Une vente à tempérament n'est pas invalide pour la seule raison qu'elle est constatée dans un document rédigé entièrement en français. L'article 40 de la loi d'interprétation de cette province qui édicte que tous les documents publics seront en anglais ne s'applique pas à un contrat de vente, ce dernier étant un document privé.

(39) Léon Dion, «Pour une politique des langues au Québec». Article paru dans le journal *Le Devoir* sur une période de plusieurs jours; l'extrait en question a paru dans le numéro du 28 mai 1970, page 5, quatrième colonne.

**(iii) La compétence constitutionnelle et juridique pour
instituer une langue de travail au Québec**

Opinion de

Henri Brun et Jean-K. Samson
(Université Laval, Québec)

**(iii) Constitutional-Legal Competence as to Establish-
ment of a Language of Work in Québec**

Opinion of

Henri Brun and Jean-K. Samson
(Laval University, Québec)

Décembre 1970 December

La capacité du Québec d'élaborer et de mettre en œuvre une politique concernant la langue de travail au Québec ne peut dépendre que du droit fédéral. C'est-à-dire du droit qui a pour objet le partage des compétences étatiques entre les organes fédéraux et les organes des membres de la fédération. La façon dont est concrètement agencé ce droit, dans l'*A.A.N.B.* de 1867, nous amène tout naturellement à distinguer les problèmes relatifs à la langue des organes étatiques québécois des problèmes relatifs à la langue de travail en général. Certaines dispositions bien précises de l'*A.A.N.B.*⁽¹⁾, en l'occurrence les articles 92(1) et 133, recèlent en effet l'essentiel du droit qui peut avoir pour objet, plus ou moins directement, la langue des organes étatiques québécois. Ces dispositions fixent les compétences en matière de langue de travail dans un secteur d'activité qui devient de plus en plus important au fur et à mesure qu'augmentent les responsabilités de l'État. En revanche, le droit qui donne la compétence d'élaborer et de mettre en œuvre une politique de langue de travail dans le secteur privé s'exprime, de façon éparse, à travers l'ensemble des dispositions qui ont pour effet de partager les compétences étatiques entre le fédéral et les membres de la fédération. Par ailleurs, rien de ce qui n'a pas ce partage pour objet n'est de nature à gêner juridiquement le Québec en matière de langue de travail. Nous étudierons successivement ces trois aspects de la question.

La compétence du Québec en matière de langue de travail et les articles 92(1) et 133 de l'A.A.N.B.

Une disposition spécifique de l'*A.A.N.B.*, l'article 133, pose des principes quant à la langue de certains organes étatiques fédéraux et québécois. Si une telle disposition liait le Québec, la détermination d'une langue officielle au niveau québécois apparaîtrait largement compromise. En revanche, l'article 92(1) du même *A.A.N.B.* confère des compétences constitutionnelles importantes aux parlements des membres de la fédération. Il reste à confronter ces deux dispositions de l'*A.A.N.B.*

Cependant, avant de préciser l'étendue de la compétence du Québec dans le champ qui nous occupe, il importe d'évoquer le principe premier du droit constitutionnel canadien. Ce droit émane de sources diverses (coutumes, conventions, jurisprudence et lois), mais demeure soumis au principe fondamental de la souveraineté parlementaire issu de la tradition britannique. Ce principe peut, en droit canadien, s'énoncer comme suit: les parlements fédéral et provinciaux exercent, par les lois qu'ils édictent,

(1) Sauf indication contraire, une mention de l'*A.A.N.B.* se réfère à l'*A.A.N.B.* de 1867 tel que modifié.

la plénitude des compétences qui leur sont respectivement dévolues⁽²⁾. Dans les limites de ce partage des compétences, leurs lois sont égales entre elles et suprêmes; aucune loi canadienne – constitutionnelle ou autre – ne jouit d'une autorité susceptible d'empêcher sa modification par le parlement dont relève le champ de compétence dans lequel elle se situe.

Parmi les sources constitutionnelles canadiennes, l'ensemble des lois formant l'*A.A.N.B.* de 1867 à nos jours peut à première vue soulever quelque problème au sujet de la souveraineté des parlements canadiens: il s'agit en effet et pour la plupart, de lois adoptées par le Parlement impérial. L'article 92(1) de l'*A.A.N.B.* crée cependant, en ce qui concerne les provinces, une situation juridique généralement compatible avec le principe de la souveraineté parlementaire tel qu'énoncé.

Cet article octroie à la Législature québécoise le «*droit exclusif de légiférer*» en matière de modification de la constitution de la province, et ce «*nonobstant toute disposition*» de l'*A.A.N.B.* Cette disposition confère en d'autres termes au Parlement du Québec une maîtrise générale de sa constitution interne. Et cette compétence est autonome, en ce sens qu'elle peut être exercée sans l'intervention d'aucun autre parlement, britannique ou fédéral. Jointe au fait que n'existe pas dans notre droit de «*super-légalité*» constitutionnelle en dehors du partage des compétences, cette disposition permet d'affirmer qu'aucun élément de la constitution interne du Québec, contenu ou non dans l'*A.A.N.B.*, ne peut être de nature à déduire que l'article 133 de l'*A.A.N.B.*, qui pose certaines règles relatives à la langue de quelques organes fédéraux et québécois ne constitue en aucune façon une entrave à la mise en œuvre législative d'une politique québécoise en matière de langue de travail.

Un certain nombre de précédents illustrent d'ailleurs que la compétence constitutionnelle des provinces peut s'étendre à des questions consignées en 1867 dans l'*A.A.N.B.*⁽³⁾ Ainsi, l'article 85 de l'*A.A.N.B.*, qui fixait à quatre ans la durée des assemblées législatives ontarienne et québécoise, a-t-il été modifié par de simples lois de l'Ontario⁽⁴⁾ et du Québec⁽⁵⁾, approuvées pour les premières par les tribunaux⁽⁶⁾. De même, les articles

(2) Voir à ce sujet les deux grands arrêts de principe, souvent cités: *Hodge v. The Queen*, 9 A.C. 117 et *The Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver General of New Brunswick*, (1892) A.C. 437.

(3) Dans *Fielding v. Thomas*, (1896) A.C. 600, lord Watson affirme: «*I take it under the power given to the provincial Legislature by the statute of 1867, the provincial legislature had the same power to alter and amend its Constitution by its own legislative Act as The Imperial parliament of Great Britain possessed at that date.*»

(4) Une première fois en 1980 (chap. 4, art. 2).

(5) Dès 1881, une loi québécoise modifiait la durée de la Législature (S.Q. 1881, c. 7): le préambule de la loi appuie l'autorité de l'Assemblée sur l'article 92 de l'*A.A.N.B.*

(6) Voir *The King ex rel. Tolfree v. Clark et al.*, (1943) 2 D.L.R. 554 (Ontario High Court). Confirmé par la Cour d'appel d'Ontario (1943) 3 D.L.R. 884, l'arrêt n'a pu être débattu en Cour suprême, l'Assemblée dont on mettait la légalité en cause ayant été dissoute entre-temps (1944) R.C.S. 69.

71ss et 80 de l'*A.A.N.B.*, relatifs au conseil législatif et à la protection de certaines circonscriptions électorales, ont-ils pu être abrogés par des lois québécoises⁽⁷⁾ dont la validité n'a pas été contestée devant les tribunaux.

Pour sa part, le Parlement fédéral s'est vu octroyer par l'*A.A.N.B.* (n° 2), 1949, devenu l'article 91(1) de l'*A.A.N.B.*, la compétence de modifier la constitution du Canada. Cette faculté, qui est interprétée comme étant la contrepartie de la compétence que donne aux provinces l'article 92(1) fait toutefois l'objet d'exceptions autres que le partage des compétences entre le fédéral et les membres de la fédération. Et parmi ces exceptions, celle qui vise l'article 133 nous intéresse tout particulièrement: elle interdit au Parlement fédéral d'apporter des modifications aux facultés et obligations qui y sont inscrites en matière de langue. Cette interdiction ne concerne cependant que le Parlement fédéral et ne tend en aucune manière à restreindre la compétence des provinces à l'égard de leur propre constitution. «Sauf en ce qui concerne la fonction de lieutenant-gouverneur», exception prévue à 92(1), la compétence législative du Québec peut s'exercer à l'égard de toute question relative à sa constitution interne, que celle-ci soit inscrite ou non dans l'*A.A.N.B.*

Enfin le sens du mot «constitution» employé à l'article 92(1) doit être précisé. Selon ce sens, nous sommes en effet fondés ou non à invoquer l'autorité de cet article pour affirmer la compétence du Québec de modifier l'article 133 en ce qui le concerne. Nous n'avons trouvé de tentative de définition de ce terme que dans une seule affaire jurisprudentielle, sans toutefois que cette définition n'ait été le motif principal de l'arrêt⁽⁸⁾. Alors que l'un des juges pensait que ce sens devait «probablement» être restreint à la «*form of the governmental and legislative machinery*»⁽⁹⁾, un second juge affirmait qu'il était pour lui «*reasonably clear*» que la compétence d'une province de modifier sa constitution ne pouvait s'exercer qu'à l'égard de ce qui était inclus au chapitre V de l'*A.A.N.B.*, intitulé «*La constitution des provinces*»⁽¹⁰⁾.

Il ne nous apparaît cependant pas que cette partie des motifs de l'arrêt doive être suivie, d'abord parce qu'il ne s'agit pas d'un motif essentiel à sa conclusion, et surtout parce que les éclaircissements du terme «*constitution*», ne sont que «*probables*» ou «*raisonnablement clairs*», de l'opinion même des juges, et qu'une simple analyse du texte de l'article 92(1) ne permet pas de retenir un sens aussi restrictif.

(7) Respectivement S.Q. 1966, c. 9 et L.Q. 1970, c. 7.

(8) *Rex ex rel. Brooks v. Ulmer*, (1923) 1 D.L.R. 304. Arrêt de l'Alberta Supreme Court, Appellate Division.

(9) *Id.*, p. 313; le juge Stuart.

(10) *Id.*, p. 327; le juge Beck.

En effet, la compétence reconnue aux provinces par ce paragraphe concerne de façon générale la «*modification... de la constitution de la province*», sans autre restriction que l'exception relative au lieutenant-gouverneur. Au surplus, et ceci confirme la généralité des termes, il y est précisé que cette compétence pourra s'exercer «*nonobstant toute disposition du présent acte*». Cette précision paraît indiquer clairement la plénitude de la compétence des provinces. Rien dans cette disposition ne permet de restreindre le sens du mot «*constitution*»; si telle avait été l'intention du législateur, il lui aurait été plus simple d'indiquer directement que le paragraphe I ne s'appliquait qu'au chapitre V de l'*A.A.N.B.*. Nous pouvons donc conclure que l'article 92(1) accorde compétence au Québec en toute matière constitutionnelle interne s'appliquant exclusivement⁽¹¹⁾ à lui (sauf en ce qui concerne la fonction de lieutenant-gouverneur). Il en est particulièrement ainsi de l'article 133 de l'*A.A.N.B.*, dans la mesure où celui-ci le touche.

Les précédents à cet égard ne sont cependant guère concluants. Ainsi, en 1937, une loi québécoise d'interprétation stipulait que serait dorénavant prépondérante la version française des lois et règlements⁽¹²⁾. Croyant sans doute à l'invalidité de cette loi controversée, l'Assemblée l'abrogea en 1938⁽¹³⁾; pour notre part, nous pensons qu'elle aurait pu être valablement conservée, pour les motifs déjà exprimés.

Le second précédent qui nous soit connu concerne le Manitoba. L'article 23 de l'*Acte du Manitoba*, adopté par le Parlement fédéral en 1870⁽¹⁴⁾ et confirmé par l'*A.A.N.B.* de 1871⁽¹⁵⁾, est rédigé en termes similaires à l'article 133, modifié uniquement en vue de son application aux seules institutions manitobaines. En 1890 cependant, la Législature du Manitoba adopta une loi qui fait de l'anglais la seule langue officielle de la province⁽¹⁶⁾, annulant ainsi les effets de l'article 23 de l'*Acte du Manitoba*. Les tribunaux n'ont jamais eu à se prononcer sur la validité de cette loi mais pour les motifs qui nous poussent à croire à la compétence du

(11) Ce qui relève du partage même des compétences est ainsi exclu comme partie de la constitution fédérale du Canada considérée dans son ensemble. Le Québec ne pourrait donc, par exemple, modifier unilatéralement l'article 93 qui détermine la compétence en matière d'éducation.

(12) S.Q. 1937, c. 13.

(13) S.Q. 1938, c. 22. Le préambule de la loi invoque cependant, pour justifier ce recul, les «frouissements» susceptibles d'intervenir et surtout l'attente du rapport d'un comité de juristes chargé de réviser les lois de la province.

(14) Canada, 33 Vict., c. 3.

(15) Grande-Bretagne, 34-35 Vict., c. 20.

(16) Manitoba, 58 Vict., c. 14.

Québec quant à la modification de l'article 133, nous pensons qu'advenant une contestation, cette validité aurait été reconnue⁽¹⁷⁾.

De cette confrontation des articles 92(1) et 133 de l'*A.A.N.B.*, nous pouvons donc conclure:

1. que le Québec peut supprimer la faculté d'usage des deux langues devant l'Assemblée nationale et décréter que le français y sera la seule langue de travail;
2. que le Québec peut corrélativement supprimer l'obligation de la tenue des registres et procès-verbaux de l'Assemblée nationale dans les deux langues et décréter leur tenue en français seulement;
3. que le Québec peut supprimer l'obligation de la publication des lois du Québec dans les deux langues et décréter leur publication en français seulement;
4. que le Québec peut supprimer la faculté d'usage des deux langues devant les tribunaux du Québec dans la seule mesure cependant où cette suppression s'applique à la procédure dans une matière qui relève de son champ de compétences;
5. que le Québec peut décréter que le français est seule langue de travail au niveau du gouvernement et du secteur public québécois.

En d'autres termes, le Québec pourrait librement se donner la langue officielle de son choix. Les organes étatiques québécois pourraient, par décision législative du Parlement québécois, ne devoir plus s'exprimer que par l'entremise de l'une ou l'autre langue. Sauf en ce qui regarde les tribunaux, dans une certaine mesure.

Nous concluons en effet à la compétence du Québec eu égard à la langue d'usage devant les tribunaux du Québec, mais dans certaines matières seulement. Ainsi que nous le montrerons dans une seconde section, il est impossible d'affirmer en termes généraux la compétence du Québec en matière de langue; cette compétence se rattache plutôt à l'un ou l'autre des titres de compétences dévolus par l'*A.A.N.B.* Tel est le cas en matière de langue devant les tribunaux, puisqu'il semble que cette question fait partie de la procédure⁽¹⁸⁾. Or, la jurisprudence et la doctrine montrent que dans l'*A.A.N.B.*, la détermination de la procédure relève

(17) Pour une opinion nettement contraire, voir Herbert Marx, «Language Rights in the Canadian Constitution», (1967) 2, *Revue juridique Thémis*, p. 286. L'intention des Pères de la Confédération sur laquelle se fonde principalement cet auteur ne saurait être valablement opposée devant un tribunal à une interprétation de l'*A.A.N.B.* lui-même.

(18) H. Marx, *loc. cit.*, aux pp. 258-9, en fait une brève démonstration, à laquelle nous souscrivons.

de la même autorité que celle dont relève le domaine juridique du litige⁽¹⁹⁾. D'ailleurs, les articles 91(27) et 92(14) posent des jalons permettant d'affirmer qu'il en est ainsi en vertu de l'économie même de l'*A.A.N.B.* Il s'ensuit donc que dans un procès devant un tribunal du Québec portant sur une matière de compétence fédérale, le Parlement fédéral a également compétence pour déterminer la procédure applicable, à l'encontre de règles déjà fixées par le Québec. La législation provinciale ne s'appliquerait qu'en cas de silence de la législation fédérale⁽²⁰⁾. C'est donc pour ces motifs que nous avons introduit une nuance à la proposition numéro 4.

Enfin, dans le but d'éviter qu'un conflit entre l'article 133 de l'*A.A.N.B.* et une loi québécoise ayant l'un ou l'autre des effets mentionnés dans nos conclusions ne soit réglé en faveur de l'article 133 pour le motif douteux que celui-ci n'a pas été abrogé à l'égard du Québec, la prudence suggérerait qu'une disposition législative spécifique rende d'abord inopérant l'article 133 quant au Québec.

La compétence du Québec en matière de langue de travail et le partage des compétences

La langue ne figure pas comme telle parmi les domaines de compétences étatiques qui ont été partagés en 1867 entre organes fédéraux et organes provinciaux. Dans semblable cas, le plus souvent, il faut avoir recours à la clause résiduaire formulée en faveur des organes fédéraux par le préambule de l'article 91 de l'*A.A.N.B. de 1867*: reviennent en effet aux organes étatiques fédéraux les compétences non dévolues en 1867⁽²¹⁾. Encore faut-il qu'il s'agisse d'un domaine matériel autonome, non compris par pièces détachées sous l'une ou l'autre ou l'ensemble des compétences confiées à l'un ou aux autres. Car s'il en était autrement, s'il s'agissait plutôt d'un domaine «*formel*» de compétences susceptibles de s'incarner par l'entremise des différents domaines dévolus, l'octroi automatique de celui-ci aux organes fédéraux aurait pour effet de permettre le viol sinon la destruction du partage des compétences.

Une législation sur la langue peut trouver à s'exprimer concrètement par l'entremise d'à peu près tous les titres de compétences énumérés aux ar-

(19) *Ibid.*; Bora Laskin, *Canadian Constitutional Law*, 8d. ed., Toronto, The Carswell Co. Ltd, 1966, pp. 864 et suiv. Voir les nombreux arrêts qui sont cités par ces auteurs et surtout *A.-G. for Alberta and Winstanley v. Atlas Lumber Co.*, 1941 R.C.S. 87.

(20) *Adler v. Adler*, (1966) 55 D.L.R. (2d) 113.

(21) Voir *Re Aeronautics*, (1862) A.C. 54; *Re Radio Communications*, (1932) A.C. 384 et *Re off-shore mineral rights*, (1867) R.C.S. 792.

ticles 91 ss. de l'*A.A.N.B. de 1867*. Et ces titres appartiennent respectivement au fédéral et aux membres de la fédération. Ainsi, pour prendre des exemples simples, une telle loi peut tout aussi bien viser les billets de banque [compétence fédérale, articles 91(14) et 91(15)] que la célébration des mariages [compétence provinciale, article 92(12)]. Un parlement d'un niveau qui serait investi d'une compétence exclusive en matière de langue recevrait donc en même temps toute autorité pour empiéter sur tous les domaines de compétences du ou des parlements de l'autre niveau, solution qui serait absurde dans notre contexte fédéral.

En technique constitutionnelle, la langue doit donc constituer un domaine essentiellement «*formel*», qu'il faut rattacher à un domaine «*matériel*». En conséquence, l'autorité compétente sera celle dont relève le domaine «*matériel*» à l'intérieur duquel se situe la législation proposée.

Il existe d'ailleurs, en droit constitutionnel canadien, d'autres domaines de compétences qu'on peut ainsi qualifier de «*formels*». Ils sont identifiés comme tels par les tribunaux, plus ou moins explicitement, et greffés pour cette raison aux domaines respectifs de compétence matérielle des organes fédéraux ou provinciaux, tels que dévolus par l'*A.A.N.B.* Ainsi, lorsqu'a été reconnue au Canada une pleine compétence en matière de relations internationales les tribunaux ont affirmé que la mise en œuvre des accords internationaux sur le plan interne relevait des organes fédéraux et provinciaux suivant leurs domaines respectifs de compétences⁽²²⁾. De façon moins explicite, il en est également ainsi en matière de libertés publiques.

Ces principes étant énoncés, il reste à s'interroger de façon plus concrète sur la compétence du Québec en matière de langue de travail dans les milieux autres que ceux prévus aux articles 92(1) et 133. Ce domaine cependant ne peut malheureusement que constituer un autre exemple de domaine «*formel*». Les «*milieux de travail dans la province*» ne sauraient en effet en aucun cas constituer un champ de compétence. Selon qu'il s'agira des milieux bancaire, municipal, militaire ou universitaire, pour ne citer que quelques exemples clairs, l'autorité compétente relativement à la langue d'usage variera. Même envisagé sous l'angle suivant lequel la langue est partie des conditions de travail et relève en conséquence du domaine des relations patronales-ouvrières⁽²³⁾, la situation n'appar-

(22) *Le Procureur général du Canada v. Le Procureur général de l'Ontario, et autres* («*Labour Conventions case*»), 1937, A.C. 826.

(23) Ce qui pourrait très bien être le cas en vertu du critère dégagé dans l'affaire *Stevendoring* pour déterminer ce qui est du domaine des conditions de travail («ce qui est vital à la marche de l'entreprise»): *Reference Re Validity of Industrial Relations and Disputes Investigation Act (Canada), and applicability in Respect of Certain Employees of Eastern Canada Stevedoring Co. Ltd.*, 1955, 6 D.L.R. 721 (Cour suprême du Canada), aux pp. 779-80. Cet avis qui fait autorité a été approuvé à nouveau et récemment dans *Agence Maritime Inc. v. Conseil Canadien des relations ouvrières et al.*, 1969 R.C.S. 851, aux pp. 859-60.

raitrait pas aussi claire qu'on serait porté à le croire. À la compétence de principe des provinces en matière de relations de travail⁽²⁴⁾, nous pouvons opposer une compétence fédérale qui va grandissant puisqu'elle peut s'exercer de façon exclusive à l'égard par exemple des relations de travail dans certaines matières entrant sous l'article 91 ou des entreprises exceptées à l'article 92(10)⁽²⁵⁾. D'ailleurs, l'étendue de cette compétence demeure encore très incertaine. Son affirmation dépend de l'opinion des juges qui, dans chaque cas, ont recours au critère de l'aspect essentiel, à savoir si la réglementation des conditions de travail est essentielle ou non à l'exercice de la compétence fédérale dans une matière donnée⁽²⁶⁾. Dans les matières où la compétence du fédéral est déclarée s'exercer exclusivement, aucune législation provinciale du travail ne saurait s'appliquer même en l'absence de législation fédérale.

Il est cependant essentiel de se rendre compte qu'en aucun cas le partage des compétences en matière de relations de travail, dont nous venons brièvement de discuter, ne saurait vider la question et servir à elle seule à déterminer de façon entière l'autorité compétente en matière de langue de travail. Une législation sur la langue peut à la limite recouvrir toutes les matières prévues aux articles 91 et suivants et relever selon le cas, d'un niveau ou l'autre de gouvernement. Il est évidemment impossible, dans le cadre de la présente opinion, de passer en revue tout ce partage entre organes fédéral et fédérés. Une telle étude s'imposera cependant au moment de la rédaction de chaque loi servant à la mise en œuvre d'une politique sur la langue, dans le but de déterminer de manière précise si elle entre dans le champ de la compétence exclusive du Québec.

À titre d'exemple cependant, nous pouvons d'ores et déjà prévoir le vaste secteur qu'autorise au Québec en matière de langue de travail, le paragraphe 13 de l'article 92 qui accorde compétence aux provinces en matière de propriété et droits civils. Nous avons déjà noté que la compétence de principe des provinces en matière de relations de travail découlait de ce texte. Cette disposition relative aux relations interperson-

(24) *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, 1924, A.C. 396. Cette compétence provinciale découle de l'article 92, paragraphe 13. Voir à ce sujet André Tremblay, *Les Compétences Législatives au Canada*, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1967, aux pp. 229 et suivantes.

(25) Cette compétence fédérale exclusive a été récemment affirmée à l'égard des entreprises exceptées à l'article 92, paragraphe 10a dans *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, (1967) 59 D.L.R. (2d), 145 (Cour suprême du Canada). Pour une critique de la grande portée de cet arrêt, voir Andrée Lajoie, *Le pouvoir déclaratoire du Parlement*, Montréal, P.U.M., 1969, pp. 92 et suivantes.

(26) Voir André Tremblay, *op. cit.*, pp. 238 et s. et l'abondante jurisprudence citée. Voir également l'étude de O. Brière à la section II de *Annotation et jurisprudence des Lois du travail du Québec* par F. Morin et J. Dupont, Québec, La Société des Éditions Sociales et Juridiques du Québec Inc., 1968.

nelles couvertes par le *Code civil* et par bien d'autres lois québécoises permettrait également au Québec de légiférer abondamment en matière de langue de travail. Et de la même manière, les divers autres paragraphes de l'article 92 confèrent au Québec, d'une façon ou de l'autre, compétence sur la langue de travail. Il est évident que ces titres lui octroient une compétence beaucoup plus grande que celle du fédéral. Si ce dernier désirait contrer une politique québécoise en matière de langue, il disposerait cependant de moyens qui pourraient s'avérer très efficaces.

En plus des titres ordinaires de compétences du fédéral énumérés aux articles 91, 92(10), 93, 94A et 95 de l'*A.A.N.B.*, tous susceptibles de réduire l'efficacité d'initiatives québécoises en matière de langue, il faudrait en effet tenir compte de facultés exorbitantes du Parlement fédéral, reconnues par la loi ou la jurisprudence. Plus encore que les premières, celles-ci sont davantage de nature à rendre inopérantes des politiques québécoises. Ainsi, les tribunaux ont interprété le domaine général de compétences du fédéral, exprimé au préambule de l'article 91 de l'*A.A.N.B.* de 1867, comme incluant les questions de dimension nationale⁽²⁷⁾, et le résidu du pouvoir législatif⁽²⁸⁾. Après avoir établi que ce domaine général de compétences ne permettait pas d'empiéter sur les domaines exclusifs des provinces, la jurisprudence s'est montrée récemment plus généreuse à l'endroit du fédéral⁽²⁹⁾. C'est dire qu'à la limite, il ne faudrait pas oublier que les tribunaux pourraient possiblement en arriver à percevoir dans la question linguistique au Canada, une dimension nationale susceptible de mettre en veilleuse les titres habilitants du Québec, y compris l'article 92(13) lui confiant le domaine du droit des relations inter-individuelles.

De plus, il faut ajouter que d'une façon générale, le fédéral, pour légiférer efficacement dans ses domaines, peut empiéter sur les domaines provinciaux⁽³⁰⁾. Lorsqu'il s'agit de domaines énumérés, ses empiètements jouissent d'une primauté⁽³¹⁾. Lorsqu'il y a conflit entre titres de compétence, ceux du fédéral priment⁽³²⁾. Enfin, le Parlement fédéral peut unilatéralement enrichir son champ de compétences en déclarant que des «travaux» profitent au Canada en général ou à deux ou plusieurs provinces⁽³³⁾. Ces «travaux», qui peuvent recouvrir des réalités en nombre

(27) *Russell v. The Queen*, 1882, A.C. 829.

(28) *Supra*, note 21.

(29) *A.-G. For Ontario v. Canada Temperance Federation*, 1946, A.C. 193 et *Monro v. National Capital Commission*, 1966, R.C.S. 663.

(30) *Larue v. Banque royale*, (1928) A.C. 187.

(31) *The local prohibition case*, (1896) A.C. 348 et *Grand Trunk Railway v. A.-G. for Canada*, (1907) A.C. 65.

(32) *A.-G. for Canada v. A.-G. for British Columbia*, (1930) A.C. 111.

(33) *A.A.N.B.*, art. 92(10c).

et en espèce imprévisibles⁽³⁴⁾, se trouvent alors soustraits à l'application de toute législation provinciale⁽³⁵⁾.

En conséquence, il ne faudrait donc pas perdre de vue que si le Québec n'est pas dépourvu de compétences en matière de langue de travail, nombreux sont les motifs juridiques de nature à réduire le champ d'application d'initiatives québécoises. Ces motifs pourraient également permettre au fédéral d'entreprendre une guérilla efficace sur le sujet^(35a).

La compétence du Québec en matière de langue de travail et les limites ne découlant pas de l'A.A.N.B.

En dehors de l'A.A.N.B. de 1867, ou, plus précisément, en dehors des règles régissant le partage des compétences entre le fédéral et les membres de la fédération, rien n'est de nature à restreindre la compétence du Québec en matière de langue de travail. La chose peut être affirmée sans ambages, en vertu du principe de la suprématie législative, règle première du droit public canadien. Très tôt, nous l'avons vu⁽³⁶⁾, les tribunaux ont reconnu explicitement la souveraineté des parlements des membres de la fédération canadienne dans leurs domaines respectifs de compétences.

Cette affirmation de principe conserverait toute sa valeur, même si la langue était considérée comme un domaine de liberté publique. D'un point de vue positif, plusieurs membres de la fédération se sont donné des «*déclarations des droits*», applicables à leurs domaines de compétences. Négativement, des législations provinciales, manifestement attentatoires à des libertés reconnues, ont été déclarées valides parce que se situant clairement dans leur domaine de compétences⁽³⁷⁾. Les grandes libertés publiques existent en droit public canadien. Mais qu'elles se fondent sur la loi, la jurisprudence ou la coutume, elles se situent en deçà de la suprématie législative ou «*souveraineté parlementaire*». Par rapport à la loi, elles jouent le rôle de règles d'interprétation, dans la mesure où

(34) Voir à ce sujet l'ouvrage de A. Lajoie, déjà cité, *supra*, note 25.

(35) *Montreal v. Montreal Street Railway*, (1912) A.C. 333; *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, *supra*, no 25.

(35a) Cependant le désaveu par le fédéral d'une loi québécoise sur la langue (A.A.N.B., art 90) ne saurait être efficace. Ce pouvoir est à notre avis périmé par convention constitutionnelle.

(36) Voir *supra*, note 1.

(37) Voir *Cunningham and A.-G. for British Columbia v. Homma and A.-G. for Canada*, (1903) A.C. 151;
Oil, Chemical and Atomic Workers International Union v. Imperial Oil Ltd, (1963) R.C.S. 584.

il y a place à interprétation. Elles ne peuvent tenir tête à une législation claire⁽³⁸⁾.

Il convient cependant de noter avec insistance que les libertés reconnues en droit canadien jouent leur rôle, en tant que règles d'interprétation législative, d'une façon toute particulière lorsqu'il est le moins possible de s'interroger sur la compétence du Parlement qui a légiféré. De fait, l'atteinte aux libertés a, en plusieurs occasions, amené les tribunaux à considérer que les lois provinciales ne se situaient pas pleinement dans le champ de compétences provinciales. Plusieurs jugements parlent ainsi, fort substantiellement, sous forme d'opinions, d'atteintes aux libertés publiques, mais fondent finalement leur conclusion sur les règles du partage des compétences. Et ce sont presque exclusivement des lois provinciales qui ont été ainsi déclarées *ultra vires*⁽³⁹⁾. Même si les règles du partage des compétences entre le fédéral et les provinces devraient seules pouvoir restreindre la capacité du Québec en matière de langue de travail, il ne faudrait pas perdre de vue que ces règles pourraient possiblement jouer de façon plus restrictive qu'à l'ordinaire face à une initiative provinciale qui pourrait être perçue par les tribunaux comme attentatoire à quelque liberté fondamentale.

Conclusions

En réponse à la question 1 (A), il nous apparaît tout d'abord que le Québec possède la compétence nécessaire pour adopter l'unilinguisme officiel. Le seul élément susceptible à première vue de nuire à l'adoption d'une telle politique aurait pu apparaître du bilinguisme des institutions publiques prévu à l'article 133 de l'*A.A.N.B.* Mais le Québec possède la compétence suffisante pour modifier cette disposition en ce qui le concerne et dans la mesure précisée aux propositions ci-haut⁽⁴⁰⁾, en vue d'une législation sur la langue de travail dans ces institutions. Rien d'autre ne venant limiter la compétence générale du Québec, celui-ci peut donc conférer à une langue le statut de seule langue officielle et la proclamer seule langue de travail dans la province.

(38) Ceci vaut pleinement dans le cas du Québec et fait abstraction de l'autorité spéciale que peut avoir pour des raisons spéciales la *Déclaration canadienne des droits* eu égard, d'ailleurs, aux seuls domaines de compétences fédéraux.

(39) Voir *Union Colliery Co. of British Columbia Ltd v. Bryden*, (1899) A.C. 580 + *Re Alberta Statutes*, (1938) R.C.S. 100; *Saumur v. City of Québec*, (1953) 2 R.C.S. 299;

Birks v. City of Montréal, (1955) R.C.S. 799;

Switzman v. Elbing, (1967) R.C.S. 285;

McKay v. The Queen, (1965) R.C.S. 798.

(40) *Supra*, p. 9.

Lors de la mise en œuvre de cette politique cependant, le Québec pourra connaître des limites constitutionnelles à sa compétence, par le jeu du partage de l'autorité législative entre le parlement central et les parlements des membres. En effet ces limites établies par le *droit constitutionnel fédéral* sont telles que la compétence du Québec en matière de langue de travail sera fonction de ses compétences matériellement définies à l'*A.A.N.B.* Une plus grande précision en réponse à cette question demeure malheureusement impraticable dans le cadre restreint du présent travail.

À la question 1 (B), la réponse est que le droit constitutionnel provincial n'oppose aucune limite à la compétence du Québec.

À la question 2, nous pouvons répondre que le Québec en exerçant ses compétences avec une grande prudence juridique et dans le cadre constitutionnellement défini, ne connaît aucune limite «*extra-constitutionnelle*». Cette opinion ne tient cependant pas compte d'une certaine politique juridique que pourraient adopter les tribunaux.

Il est en conséquence inutile de nous attarder aux questions 3 et 4, les réponses précédentes les rendant sans objet.

**(iv) La compétence constitutionnelle et juridique pour
instituer une langue de travail au Québec**

Opinion de

**Stephen Allan Scott
(Université McGill, Montréal)**

**(iv) Constitutional-Legal Competence as to Establish-
ment of Language of Work in Québec**

Opinion of

**Stephen Allan Scott
(McGill University, Montréal)**

Décembre 1971 December

I am asked the following questions in relation to the constitutional position of the language of work in Québec:

Les limites constitutionnelles et juridiques de l'élaboration d'une politique gouvernementale concernant la langue de travail.

- 1 — Est-ce que le gouvernement du Québec a le droit de conférer à une langue quelconque le statut de seule langue d'usage dans les milieux de travail dans la province?
 - A) Quelle sont les limites établies par le *B.N.A. Act* et le droit constitutionnel fédéral?
 - B) Quelles sont les limites établies par le droit constitutionnel de la province?
- 2 — Est-ce qu'il y a en dehors de la constitution, d'autres règles ou principes (fédéraux ou provinciaux) qui pourraient limiter le gouvernement du Québec dans l'établissement d'une langue quelconque comme seule langue d'usage dans les milieux de travail dans la province? Précisez ces autres règles ou principes juridiques.
- 3 — Si le gouvernement du Québec n'a pas le droit d'établir une langue quelconque comme seule langue d'usage dans les milieux de travail dans la province, est-ce que le gouvernement du Québec a le droit de «favoriser» (c'est-à-dire: donner préférence à une langue par rapport aux autres langues) une langue par voie du droit positif (législation, pratiques administratives, etc.)?
- 4 — Si la réponse à la question 3 est négative, est-ce que le gouvernement du Québec a le droit d'encourager, par des mesures strictement facultatives (par exemple, encouragement, assistance discrétionnaire: diminution des impôts, etc.), une langue d'usage par rapport à l'autre langue d'usage dans les milieux de travail au Québec?

I. Measures undertaken by executive action.

It must be observed at the outset that each of the foregoing questions is, read literally, an enquiry as to the power of the «government» of Québec, and that «the government» is a term which, strictly speaking, properly denotes in our law only the executive government, as distinct from the legislature. If, therefore, the foregoing questions were to be understood as confined to the powers of the executive government only, they could be disposed of, for most practical purposes, with the simple answer that, whatever federal barriers may or may not exist, the executive government

of the province, as distinct from the Legislature, enjoys no legislative power of its own. Almost any measures contemplated by the questions posed above would necessarily require the intervention of the Legislature, and then the relevant barriers, if any, would be those imposed either by the *British North America Acts* themselves, or by the laws enacted by the Parliament of Canada or continued by section 129 of the *Act of 1867* under its legislative jurisdiction. It is, then, as to legislative jurisdiction that the significant issues arise, and, accordingly, I shall presume to read the term «government», in the questions put to me, as meaning — or at least as embracing — the «Legislature». Before, however, proceeding to the problems of legislative jurisdiction as to language of work, it will be convenient to dispose of the case of executive action, to which your questions literally address themselves, and which is at all events contemplated in question 3, which adverts to «administrative practice». It would be idle to labour the principle that the Crown does not enjoy a legislative power of its own. No doubt, following the cession and in consequence of it the Crown enjoyed in Québec the power to exercise a general legislative jurisdiction by royal prerogative, under the doctrine of *Campbell v. Hall*, (1774) 1 Cowp. 204. But even assuming that this prerogative of legislation was not lost in consequence of those provisions of the Proclamation of October 7, 1763, regarding representative assemblies, it was at all events merged in or superseded by the statutory power of legislation conferred by the Imperial Parliament in the Québec Act of 1774, 14 Geo. III, c. 83 (G.B.); and both disappeared with the creation of a representative legislature by the *Constitutional Act* of 1791, being 31 Geo. III, c. 31 of the Statutes of Great Britain. Occasional reliance has been placed by the courts on the original extent of the royal prerogative as it stood at the cession. Such is the case of *Attorney-General for Canada v. Cain*; *Attorney-General for Canada v. Gilhula*, (1906) A.C. 542, but the power there in issue seems to have been one of an executive, rather than a legislative, character. Particularly in view of the general introduction of English public law at the cession (as to which reference may be had to *Chaput v. Romain*, (1955) S.C.R. 834 per Kellock J. at p. 846; *Three Rivers Boatman v. Conseil canadien des Relations ouvrières*, (1969) S.C.R. 607 per Pigeon J. for the Court at p. 616), it may be said that, with the disappearance of the prerogative of legislation, the rule in Québec, as in other Canadian provinces, is that classically articulated by Sir Edward Coke and the other judges in the celebrated *Case of Proclamations*, (1610) 12 Co. Rep. 74. It having been referred to them whether the King could, by proclamation, prohibit new buildings in London or the making of starch from wheat, they replied that «the King by his proclamation or other ways cannot change any part of the common law, or statute law, or customs of the realm» and «that the King hath no prerogative, but that which the law of the land allows him». This may be regarded as a rule both of the provincial and the federal law.

In considering the possible scope of executive action, it must also be observed that action by the Lieutenant-Governor in Council requires not only the requisite prerogative authority to be established as lying in the Crown, but also its regular communication to the Lieutenant-Governor, by delegation from the Sovereign. As the commissions of the Lieutenant-Governors do not appear to have gone much beyond appointment to the office itself, it would be necessary to show either (1) that any given prerogative which he might seek to exercise is an incident of the office by necessary or at least reasonable implication, or (2) that it is specially conferred on him by the *British North America Act*, 1867, or (3) that (as appears to have been found possible in *Bonanza Creek Gold Mining Company Limited v. The King*, (1916) 1 A.C. 566; and see the general discussion at pp. 580-81, 585-7) it is referable to a power exercised before Confederation by the representative of the Crown under the pre-Confederation statutes referred to in section 65 of the Act of 1867, and so is delegated by that section to him, or, finally (4) that there is in force a valid provincial enactment effecting the required delegation from the Sovereign, such as is found in section 1 of the *Executive Power Act*, R.S.Q. 1964, c. 9 (which makes a general delegation of the executive authority exercised locally before Confederation); in section 2 of the same Act (which delegates the prerogative of pardon and which may be read with *Attorney-General for Canada v. Attorney-General of Ontario*, (1894) 23 S.C.R. 458 (S.C.C.), (1892) 19 O.A.R. 31 (C.A.), 20 O.R. 222 (Ch. D.); and in section 9 of the *Attorney-General's Department Act*, R.S.Q. 1964, c. 19 (which delegates the prerogative of appointing Queen's Counsel, and which may be read in conjunction with *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, (1898) A.C. 247).

It is clear that only the most limited sphere of action is open to the executive government of Québec in the matter of the language of work. The royal prerogative, as exercisable by the Lieutenant-Governor or the Lieutenant-Governor in Council, would probably support internal arrangements as to the language of work in departments of the executive government of the Province, though they could not be sanctioned by derogations from any statutory rights enjoyed by members of the civil service. In that sense the prerogative could support certain «*administrative practices*» which might be envisaged by question 3.

Where however powers are conferred on the Lieutenant-Governor in Council by any Act, the use of such statutory powers to promote any particular language of work would, unless the powers had been granted for that very purpose, generally be *ultra vires*.

By contrast, privileges at the disposal of the Crown as a matter of prerogative authority could probably be used as inducements to co-operate with a policy as to working language established by the government.

The purpose for which an admitted royal prerogative is used has traditionally been judicially unreviewable, though some recent judgments have begun to speak of judicial review of «excess or abuse» as if these were alternatives (*Chandler v. Director of Public Prosecutions*, (1964) A.C. 763 at p. 810; *Jenkins v. Attorney-General; The Times*, August 14, 1971).

A word of caution may however be sounded. Use of prerogative authority for ulterior purposes tends to attract criticism as being a device to circumvent the Legislature, and is for this reason generally avoided.

II. Measures undertaken by provincial legislation.

Compulsory measures as to language of work would necessitate legislative intervention, and significant inducements (so far as they are distinguishable from compulsory measures) would generally need similar authorization.

Legislation requires a competent legislature and an appropriately-framed enactment. With the disappearance of section 80 of the *British North America Act*, 1867, respecting certain protected constituencies (S.Q. 1970, c. 7), all legislation competent to the Legislature of Québec can now be enacted in the ordinary manner; viz. by a bill passed by the National Assembly and assented to by the Lieutenant in the Queen's name. There are no guarantees entrenched by special formalities. If that is what is meant by «limits», the answer to question 1-B — what limits are established by the constitutional law of the province — therefore becomes self-evident: none.

As to the rest, questions 1 and 2 can be answered together. The limits of provincial power to legislate as to language of work are only such as flow from (1) the existence of subject-matter of exclusive federal legislative, executive or judicial jurisdiction; (2) the operation of such laws as the Parliament of Canada may validly enact from time to time; these must, in case of conflict, override provincial legislation: *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia*, (1930) A.C. 111; and (3) such of the rules of common law or pre-Confederation statute law as are by section 129 of the *Act of 1867* continued subject to the exclusive legislative jurisdiction of the Parliament of Canada.

The primary question, I think, becomes that as to the respective limits of federal and provincial legislative jurisdiction. Very serious difficulties confront anyone called upon to advise thereon. First, the questions are of the greatest generality. Acts «to confer on a given language the status of sole language of use in the working environments in the provinces» could

assume the most diverse forms from innocuous provisions obliging no one to anything — and which would give rise to no justiciable controversy — to provisions imposing severe penal sanctions and which might be *ultra vires* as infringing on the exclusive federal jurisdiction in respect of the criminal law. Reliable opinions can be given only as to specific texts, and even then often only in the particular factual context in which they are operating. Second, statutory control of working language is so novel a form of interference in the private conduct of affairs that there exists little or no direct authority on the subject, so necessitating a greater recourse to analogical reasoning than is ordinarily required.

Nevertheless, it is possible to hazard drawing rough boundaries. It is most convenient to do so by first considering the constitutional basis for provincial action, and then examining the limits thereto flowing from federal jurisdiction.

Infinitely various schemes of regulation of language of work can be imagined which in certain circumstances give the choice of language to the employer, or to the employee, or which might impose a language of work on both either absolutely or in the event that the parties were not agreed. Such schemes could with accuracy be analysed as creating new civil rights in some parties and derogating from the existing civil rights of others.

The operation of an enterprise, and the activities of employer and employee therein, either mediately or immediately involve almost all the rules of the law of property and of contractual and extracontractual civil obligation, and depend upon the rights arising under those laws. *Prima facie*, therefore, and subject to what will hereafter be said, the form and substance of communications in a business enterprise — and indeed even in the less obviously pecuniary relations of private life — could be regulated by a legislature having jurisdiction, as do the legislatures of the Canadian provinces, with respect to «*Property and Civil Rights in the Province*». In this connection it will suffice to advert to the comments of Sir Montague Smith for their Lordships in *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons*, (1881) L.R. 7 App. Cas. 96. Speaking of section 92(13) of the *British North America Act*, 1867, which I have just quoted, his Lordship said (p. 111):

«It is to be observed that the same words, «civil rights,» are employed in the Act of 14 Geo. 3, c. 83, which made provision for the Government of the province of Québec. Sect. 8 of that Act enacted that His Majesty's Canadian subjects within the province of Québec should enjoy their property, usages, and other civil rights, as they had before done, and that in all matters of controversy relative to property and civil rights resort should be had to the laws of Canada, and be

determined agreeably to the said laws. In this statute the words «property» and «civil rights» are plainly used in their largest sense; and there is no reason for holding that in the statute under discussion they are used in a different and narrower one.»

In issue in that case was the constitutional validity of an Ontario enactment fixing certain statutory conditions for contracts of insurance. His Lordship had observed (at p. 109):

«The appellants, on the other hand, contended that civil rights meant only such rights as flowed from the law, and gave as an instance the status of persons. Their Lordship cannot think that the latter construction is the correct one. They find no sufficient reason in the language itself, nor in the other parts of the Act, for giving so narrow an interpretation to the words «civil rights.» The words are sufficiently large to embrace, in their fair and ordinary meaning, rights arising from contract, and such rights are not included in express terms in any of the enumerated classes of subjects in sect. 91.»

The principle there laid down is in principle applicable to contracts of employment; thus in *Workmen's Compensation Board v. Canadian Pacific Railway*, (1920) A.C. 114, their Lordships upheld, even in respect of a federally-regulated enterprise, provincially-imposed liability to contribute to a workmen's compensation scheme, as being a right which arose as *«the result of a statutory condition of a contract of employment made with a workman resident in the province, for his personal benefit, and for that of members of his family dependent on him... This right arises, not out of tort, but out of the workman's statutory contract, and their Lordships think that it is a legitimate provincial object to secure that every workman resident within the Province who so contracts should possess it as a benefit conferred on himself as a subject of the Province...»*.

As to properly-framed legislation controlling communications in business enterprises the issue would be less whether the legislation dealt with *«Property and Civil Rights»* than whether they were property and civil rights over which provincial legislative jurisdiction extends. For the jurisdiction of the province over *«Property and Civil Rights»* is not unlimited. Apart even from the overriding operation of valid federal statutes, the legislatures of the provinces may not intrude upon subjects of exclusive federal legislative jurisdiction, and it is nothing to the point that the provincial legislation in question could with accuracy be called legislation in relation to *«Property and Civil Rights in the Province»*. To use a simple illustration, the provincial legislature is precluded from enacting laws in relation to *«Patents of Invention and Discovery»* or *«Copyrights»*, not because these are not fully, literally, and in every sense of

the words, «*property*» and «*civil rights*», but rather because they are portions of «*property*» and «*civil rights*» assigned exclusively to the Parliament of Canada as subjects of legislation.

This, of course, does not tell us to what extent legislation respecting language of work would transcend provincial legislative jurisdiction. Indeed, it would not be possible to conceive and specify in advance every imaginable particular with which the province could not deal, even if one were given the very text of proposed legislation. But I think it possible to state, roughly, the outer limits of valid provincial legislation. They are, I believe, approximately the following:

1. Enterprises subject to exclusive federal legislative jurisdiction.

In *Canadian Pacific Railway v. Parish of Notre Dame de Bonsecours*, (1899) A.C. 367, Lord Watson, speaking for the Board, dealt with jurisdiction in these terms (pp. 372-3):

«The British North America Act, whilst it gives the legislative control of the appellant's railway quâ railway to the Parliament of the Dominion, does not declare that the railway shall cease to be part of the provinces in which it is situated, or that it shall, in other respects, be exempted from the jurisdiction of the provincial legislatures. Accordingly, the Parliament of Canada has, in the opinion of their Lordships, exclusive right to prescribe regulations for the construction, repair, and alteration of the railway, and for its management, and to dictate the constitution and powers of the company; but it is, inter alia, reserved to the provincial parliament to impose direct taxation upon those portions of it which are within the province, in order to the raising of a revenue for provincial purposes. It was obviously in the contemplation of the Act of 1867 that the «railway legislation,» strictly so called, applicable to those lines which were placed under its charge should belong to the Dominion Parliament. It therefore appears to their Lordships that any attempt by the Legislature of Québec to regulate by enactment, whether described as municipal or not, the structure of a ditch forming part of the appellant company's authorized works would be legislation in excess of its powers. If, on the other hand, the enactment had no reference to the structure of the ditch, but provided that, in the event of its becoming choked with silt or rubbish, so as to cause overflow and injury to other property in the parish, it should be thoroughly cleaned out by the appellant company, then the enactment would, in their Lordships' opinion, be a piece of municipal legislation competent to the Legislature of Québec.»

«*Management*» is a term of wide import. On the basis of Parliament's exclusive jurisdiction with respect to the «*management*» of enterprises subject to federal regulation, provincial legislation has been excluded from interfering in their labour relations. In the *Reference as to the Validity of the Industrial Relations and Disputes Investigations Act*, R.S.C. 1952, c. 152, (1955) S.C.R. 529, Abbott J. said (at p. 592) that:

«the determination of such matters as hours of work, rates of wages, working conditions and the like, is in my opinion a vital part of the management and operation of any commercial or industrial undertaking. This being so, the power to regulate such matters, in the case of undertakings which fall within the legislative authority of Parliament lies with Parliament and not with the Provincial Legislatures.»

This passage, with its reliance on «*management*» and its reference to «*working conditions*» was approved and applied by the Supreme Court of Canada in *Commission du Salaire Minimum v. The Bell Telephone Company of Canada*, (1966) S.C.R. 767. There, in dealing with undertakings which by virtue of the exceptions in S. 92 (10) of the *British North America Act*, 1867, fell outside the control of the province, and correlatively within that of the Parliament of Canada under section 91 (29), Martland J. spoke for the Court in these words (at p. 772):

«In my opinion all matters which are a vital part of the operation of an interprovincial undertaking as a going concern are matters which are subject to the exclusive legislative jurisdiction of the federal parliament within s. 91 (29).»

Both the permissible form and the permissible substance of communication within any enterprise clearly form part — are indeed of the essence — of its «*management*» of its «*working conditions*» and of its «*operation as a going concern*». There can be no enterprise without communication, and its communications control all its activities. It follows that the language of work cannot, in enterprises subject to exclusive federal regulation, be controlled by provincial legislation. The scope of operation of federal labour legislation can serve as a working guide to which enterprises these are.

2. Legislation depriving persons unwilling to conform to a language-use policy of the ordinary rights of living and working and carrying on business in the province.

Notwithstanding that the regulation of underground coal mining pertains in principle to the legislatures of the provinces, the Privy Council in *Union Colliery v. Bryden*, (1899) A.C. 443, held *ultra*

vires an enactment which prohibited «any Chinaman» — a class including at least those of Chinese origin who were aliens or naturalized subjects — from working below ground in coal mines, relying on the exclusive federal legislative jurisdiction, under section 91 (25) of the *British North America Act*, with respect to «Naturalization and Aliens». This decision was shortly thereafter explained in *Cunningham v. Tommy Homma*, (1903) A.C. 151 at p. 158, in the following terms:

«This Board, dealing with the particular facts of that case, came to the conclusion that the regulations there impeached were not really aimed at the regulation of coal mines at all, but were in truth devised to deprive the Chinese, naturalized or not, of the ordinary rights of the inhabitants of British Columbia, and, in effect, to prohibit their continued residence in that province, since it prohibited their earning their living in that province.»

Language of work legislation singling out immigrants for special controls is thus likely to founder on the exclusive federal jurisdiction with respect to «Naturalization and Aliens».

The principle appears, however, to have a wider application. In *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd. and A.-G. Can.*, (1951) S.C.R. 887, Rand J., said this (at p. 919):

«The Act makes no express allocation of citizenship as the subject-matter of legislation to either the Dominion or the provinces; but as it lies at the foundation of the political organization, as its character is national, and by the implication of head 25, section 91, «Naturalization and Aliens», it is to be found within the residual powers of the Dominion...».

And, after quoting a portion of the above-cited passage of *Cunningham v. Tommy Homma*, he explained it in this way (pp. 919-20):

«What this implies is that a province cannot, by depriving a Canadian of the means of working, force him to leave it: it cannot divest him of his right or capacity to remain and to engage in work there: that capacity inhering as a constituent element of his citizenship status is beyond nullification by provincial action. The contrary view would involve the anomaly that although British Columbia could not by mere prohibition deprive a naturalized foreigner of his means of livelihood, it could do so to a native-born Canadian. He may, of course, disable himself from exercising his capacity or he may be regulated in it by valid provincial law in other aspects. But that attribute of citizenship lies outside of those civil rights committed to the province, and is analogous to the capacity of a Dominion corporation which the province cannot sterilize.»

It follows, a fortiori, that a province cannot prevent a Canadian from entering it except, conceivably, in temporary circumstances, for some local reason as, for example, health. With such a prohibitory power, the country could be converted into a number of enclaves and the «union» which the original provinces sought and obtained disrupted. In a like position is a subject of a friendly foreign country: for practical purposes he enjoys all the rights of the citizen.

Such then, is the national status embodying certain inherent or constitutive characteristics, or members of the Canadian public, and it can be modified, defeated or destroyed, as for instance by outlawry, only by Parliament.»

This is a principle of very uncertain extent and of correspondingly difficult application. The function of the courts is in principle to decide as to the jurisdiction, and not the merits, of legislation. Indeed, in *Union Colliery v. Bryden*, the very case just considered, Lord Watson pointed this out ([1899] A.C. 580 at p. 585):

«...In assigning legislative power to the one or the other of these parliaments, it is not made a statutory condition that the exercise of such power shall be, in the opinion of a court of law, discreet. In so far as they possess legislative jurisdiction, the discretion committed to the parliaments, whether of the Dominion or of the provinces, is unfettered. It is the proper function of a court of law to determine what are the limits of the jurisdiction committed to them; but, when that point has been settled, courts of law have no right whatever to inquire whether their jurisdiction has been exercised wisely or not.»

Yet a «national status embodying certain inherent or constitutive characteristics», in the words of Rand J., or «ordinary rights of the inhabitants», in those of the Earl of Halsbury, L.C., import a standard, and the Courts in fixing such a standard cannot be disembarassed themselves of every consideration as to what is generally acceptable in western constitutional democracies. He who would point to this provision or that in the *British North America Acts* may occasionally receive a reply which contemplates the working of the constitutional scheme as a whole. Thus the express exemption of provincial property from taxation (*British North America Act*, 1867, s. 125) did not avail to exclude from federal customs duties liquor imported by the Crown in right of a province: *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, (1924) A.C. 222. Lord Buckmaster said (p. 225):

«It is plain, however, that the section cannot be regarded in this isolated and disjunctive way. It is only a part of the general

scheme established by the statute with its different allocations of powers and authorities to the Provincial and Dominion Governments.» ...

«The Dominion have the power to regulate trade and commerce throughout the Dominion, and, to the extent to which this power applies, there is no partiality in its operation. Sect. 125 must, therefore, be so considered as to prevent the paramount purpose thus declared from being defeated.»

The authority just cited may seem remote from the matter under consideration; but it is a case where account was taken of the economic unity contemplated by the *British North America Act*; and the particular provision was read in that light.

The implications of provinces being «*federally united into One Dominion*» — one political entity — were considered — to cite but one high authority — by Sir Lyman Duff C.J., speaking for himself and Davis J. in the *Reference of Three Bills Passed by the Legislative Assembly of Alberta*, (1938) S.C.R. 100 at pp. 134-5. If for the phrase «*parliamentary institutions of Canada as contemplated by the provisions of The British North America Act and the statutes of the Dominion of Canada*» one reads the «*basic activities of economic life*» contemplated thereby, and more particularly interprovincial economic intercourse; if for the «*traditional forms*» of «*public debate*» one reads basic private communication; if one takes the result with the principle enunciated by Rand J. in the *Winner* matter — it is easy to see the implications of the following passage of Sir Lyman Duff's comments, made on an Alberta bill which would have interfered with the freedom of the press:

«Any attempt to abrogate this right of public debate or to suppress the traditional forms of the exercise of the right (in public meeting and through the press) would, in our opinion, be incompetent to the legislatures of the provinces, or to the legislature of any one of the provinces, as repugnant to the provisions of The British North America Act, by which the Parliament of Canada is established as the legislative organ of the people of Canada under the Crown, and Dominion legislation enacted pursuant to the legislative authority given by those provisions. The subject matter of such legislation could not be described as a provincial matter purely; as in substance exclusively a matter of property and civil rights within the province, or a matter private or local within the province. It would not be, to quote the words of the judgment of the Judicial Committee in Great West Saddlery Co. v. The King, «legislation directed solely to the purposes specified in section 92»; and it would be invalid on the principles enunciated in that judgment and adopted in Caron v. The King.

The question, discussed in argument, of the validity of the legislation before us, considered as a wholly independent enactment having no relation to the Alberta Social Credit Act, presents no little difficulty. Some degree of regulation of newspapers everybody would concede to the provinces. Indeed, there is a very wide field in which the provinces undoubtedly are invested with legislative authority over newspapers; but the limit, in our opinion, is reached when the legislation effects such a curtailment of the exercise of the right of public discussion as substantially to interfere with the working of the parliamentary institutions of Canada as contemplated by the provisions of The British North America Act and the statutes of the Dominion of Canada. Such a limitation is necessary, in our opinion, «in order,» to adapt the words quoted above from the judgment in Bank of Toronto v. Lambe «to afford scope» for the working of such parliamentary institutions. In this region of constitutional practice, it is not permitted to a provincial legislature to do indirectly what cannot be done directly (Great West Saddlery Co. v. The King)».

Take a conceivable enactment which overrode the present rule of private contractual and proprietary freedom so as to give a statutory to elect a certain language of work indicated by the legislature. The right of election of this language might be given only to the employer; or it might be given only to the employee; or it might be given to both. If put forward as being «*in substance a scheme for securing a civil right within the Province*», namely, a civil right to employ or be employed in a certain language, it would enjoy — despite the fact that it was a civil right of a very novel character drastically abridging other historic civil rights of contract and property — a certain plausibility not enjoyed by legislation forcing a language of work upon an employer and employee neither of whom consented. In the latter case it would be clearer that the Legislature was directing itself «*to the subject of public wrongs rather than to that of civil rights*» (*Russell v. The Queen*, (1881-2) L.R. 7 App. Cas. 829 at p. 839), and that its object was not to, or not merely to, make available employment opportunities to persons desiring to speak the language in question, but to bar use of other languages as being deemed for public reasons undesirable. Such latter action would, I have little doubt, be outside the subjects of provincial legislative jurisdiction. But even legislation of the former variety — a scheme of election — could be *ultra vires*, though more would depend on its particular features. I have already spoken of legislation depriving persons unwilling to conform to a legislative language policy of the right to live or work or carry on business in the province, and have referred to certain authorities on the federal jurisdiction with respect to citizenship, naturalization and aliens, and the federal residuary jurisdiction as to the peace, order and good government of Canada. I would now add that the implications of exclusive federal jurisdiction as to interprovincial and «*general*» trade and

commerce should not be overlooked. Legislation «*designed to restrict or limit the free flow of trade between Provinces as such ... constitutes an invasion of the exclusive legislative authority of the Parliament of Canada over the matter of the regulation of trade and commerce*»: *Attorney-General for Manitoba v. Manitoba Egg and Poultry Association*, (1971) 19 D.L.R. (3d) 169 at p. 179, *per* Martland J. for (at least) a majority of the Supreme Court. Provincial barriers to the movement of persons could stand on no better footing. A province cannot, I think, compartmentalize itself in order to shelter itself from the free movement of goods or persons, even if its object is to achieve a population having certain social characteristics. In the present context, the limit of provincial legislative jurisdiction may be said to lie where the measures go beyond encouragement, assistance, provision of facilities, creation of opportunities — even, within practical limits, compulsorily and at the expense of the employer — and become instead steps which are designed, or which practically operate, to bar from the province, by reason of language preference, willing employers and employees. It may be hazarded that the provincial legislature may, unless the costs are in a practical business sense prohibitive, oblige, in enterprises subject to its regulatory jurisdiction, the employer to give to employees who desire it, facilities for communication (transmission and reception) in a language chosen by the Legislature for this preference. In assessing the constitutional validity of any scheme, relevant factors may include the significance of the numbers of employees desiring to speak the language in question, and the extent of the legal freedom of the employer to decide whom he will or will not employ or cease to employ. It is not practicable to draw a more precise line in the context of the present questions.

3. Federal legislative measures.

Provincial legislation can be overridden by valid federal legislation. To what extent could the Parliament of Canada, if it chose to do so, competently override controls imposed provincially as to language of work?

I have already referred to various relevant subjects of federal legislative jurisdiction. One was the residuary jurisdiction with respect to the peace, order, and good government of Canada. Speaking of public communication, Sir Lyman Duff said this in the *Reference re Three Bills Passed by the Legislative Assembly of Alberta*, (1938) S.C.R. 100 at p. 133-4:

«The right of public discussion is, of course, subject to legal restrictions; those based upon considerations of decency and public order, and others conceived for the protection of various private and public interests with which, for example, the laws of defamation and sedition are concerned. In a word, freedom of discussion means, to quote the

words of Lord Wright in *James v. Commonwealth*, «freedom governed by law.»

Even within its legal limits, it is liable to abuse and grave abuse, and is constantly exemplified before our eyes; but it is axiomatic that the practice of this right of free public discussion of public affairs, notwithstanding its incidental mischiefs, is the breath of life for parliamentary institutions.

We do not doubt that (in addition to the power of disallowance vested in the Governor General) the Parliament of Canada possesses authority to legislate for the protection of this right. That authority rests upon the principle that the powers requisite for the protection of the constitution itself arise by necessary implication from The British North America Act as a whole (Fort Frances Pulp & Power Co. Ltd. v. Manitoba Free Press Co. Ltd.); and since the subject matter in relation to which the power is exercised is not exclusively a provincial statutory matter, it is necessarily vested in Parliament.»

To the extent that private communication is analogous, similar results would follow as regards federal legislative jurisdiction. Again, to the extent that the Parliament of Canada can define basic incidents of citizenship — to the extent that it can protect free movement of persons and free commerce throughout Canada — to the extent that Parliament can deal with interprovincial and «general trade and commerce» (*Citizens Insurance v. Parsons*, (1881-2) L.R. 7 App. Cas. 96 at p. 112) it can override provincial legislation of any description, not excluding legislation respecting language of work. It is no more practicable to define abstractly the possible limits of this power than those of the provincial powers already considered.

I may say, however, that I do not consider section 2 of the *Canadian Bill of Rights*, 8-9 Eliz. II, S.C. 1960, c. 44, to be a relevant exercise of federal legislative jurisdiction. It prescribes how every «law of Canada» shall be construed and applied, and «law of Canada» is defined by section 5(2) of the Act to mean

«an Act of the Parliament of Canada enacted before or after the coming into force of this Act, any order, rule or regulation thereunder, and any law in force in Canada or in any part of Canada at the commencement of this Act that is subject to be repealed, abolished or altered by the Parliament of Canada.»

Clearly, all subsequent enactments of provincial legislatures are outside this definition, whatever be the case as regards prior enactments.

The applicability of section I of the *Canadian Bill of Rights* is less clear. It provides:

«1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

- (a) the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, and the right not to be deprived thereof except by due process of law;
- (b) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law;
- (c) freedom of religion;
- (d) freedom of speech;
- (e) freedom of assembly and association; and
- (f) freedom of the press.»

Can this be interpreted to constitute an exercise of federal legislative jurisdiction – to the extent that such jurisdiction exists – overriding inconsistent provincial enactments?

Various grounds may be urged against putting such a construction on section 1. First, section 5 (3) of the Act provides that:

«The provisions of Part I shall be construed as extending only to matters coming within the legislative authority of the Parliament of Canada.»

The response, of course, will be that Parliament is merely showing that it intends to keep within the limits of its powers, and that, in Sir Lyman Duff's phrase, these powers include amongst others «*the powers requisite for the protection of the constitution itself*», and, more particularly, the powers already indicated as relevant to language of work. Each side can then draw on weapons from the arsenal of rules of statutory interpretation: the former, insisting that section 5 (3) would not have been put in merely to restate the obvious; the latter, that Parliament was acting *ex abundante cautela* to ensure that its enactment would not be read as an attempt to exceed its powers.

Second, against the application of section 1 to provincial laws is also the consideration that section 1 is but a bald declaration which, it will be said, cannot be read apart from section 2 which implements it; and section 2, as we have seen, cannot by reason of section 5 (2) extend to provincial enactments, at all events if they are enactments subsequent to the *Canadian Bill of Rights*. Here again a case can be made for and against a liberal approach to the construction of the Act.

The scope of application of section 1 can only be settled in the courts; but that section should not at all events be fatal to legislation which

keeps conservatively within the limits which I have already outlined as being the boundaries of provincial legislative jurisdiction.

4. Preferences and encouragements.

Questions 3 and 4 deal with various forms of preference and encouragement. At the outset of my remarks I considered measures undertaken by executive action, which would include «*administrative practice*». I do not doubt the jurisdiction of the province by appropriate legislation to give encouragement or discretionary assistance to the use of a particular language, even by means of tax reductions. In saying this, however, I would point out that tax reductions which bore no reasonable relation to the special costs, if any, of the language use intended to be encouraged would, in substance, be a sanction against non-conforming language use, and would then, in my opinion, stand on the same footing as a prohibition conceived in the same terms. If the prohibition would be *ultra vires*, so would be the tax concession: *In re The Insurance Act of Canada*, (1932) A.C. 41. The more discriminatory the differential, the more obviously penal it would be: *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, (1939) A.C. 117.

**D. Droit québécois.
Québec Law.**

- (i) Les concepts de «droits acquis», de «droits des groupes» et de «droits collectifs» dans le droit québécois.**

**François Chevette
(Université de Montréal)**

- (i) Notions as to «Acquired Rights,» «Group Rights,»
and «Collective Rights» in Québec Law.**

**François Chevette
(University of Montréal)**

Juin 1970 June

L'objet de la présente étude consiste en une analyse, de nature juridique et historique à la fois, de certains thèmes que l'on retrouve souvent invoqués à l'occasion des débats qui ont cours actuellement et qui portent sur les minorités linguistiques au Québec. Droits des minorités, droits collectifs, droits coutumiers, droits acquis: ce sont là quelques-uns des principaux thèmes qui surgissent inmanquablement quelque part dans ces débats et sur lesquels nous ferons porter ici notre réflexion.

Une étude ayant un tel objet peut être menée à partir de plusieurs points de vue. Il peut s'agir d'une étude politique, au double sens soit d'un écrit engagé, ce qui est évidemment exclu ici, soit d'une analyse, de type sociologique, de l'utilisation qui est faite actuellement de ces thèmes, dans les journaux ou ailleurs, de la signification de cette utilisation et des aspirations qu'elle révèle de la part d'une collectivité donnée. On aura compris qu'une étude de ce genre, dont l'intérêt scientifique ne fait par ailleurs pas de doute, est l'affaire du politologue et non du juriste et que celle que nous présentons ici ne se situe pas du tout dans cette orientation.

Notre propos sera plutôt de présenter une analyse, de caractère primordiallement juridique, des quelques thèmes mentionnés plus haut, et de tenter de cerner leur portée légale, c'est-à-dire leur signification sur le plan de la légalité, constitutionnelle en particulier. Tâche qui peut paraître à première vue fort aisée et étroitement descriptive; une réflexion plus attentive nous montre que ce n'est pas le cas et que cette tâche présente plusieurs difficultés dont il convient de faire immédiatement état car elles pourront être déterminantes dans l'orientation de cette étude.

La principale difficulté de cette étude tient probablement au fait qu'elle porte sur des thèmes qui, bien qu'appartenant tous au vocabulaire juridique, n'en sont pas moins extrêmement vagues et d'un contenu légal assez mouvant. Au surplus il est déjà remarquable que ceux d'entre eux, soit le thème des droits acquis et celui des droits coutumiers, qui seraient les plus précis sur le plan juridique, ont acquis cette relative précision pour avoir été utilisés et perfectionnés dans des secteurs du droit assez éloignés du sujet en référence auquel on les étudie ici, c'est-à-dire les droits des minorités linguistiques du Québec. On pourrait même dire que leur utilisation à ce sujet fait partie de l'actuel vocabulaire politique courant davantage que du vocabulaire juridique.

Quand un thème, concept ou principe juridique est si aisément transposé dans l'univers politique, cela peut témoigner de l'importance sociologique des réalités qu'il recouvre et de la pertinence d'en entreprendre l'analyse. Cela montre aussi autre chose. En effet la large

utilisation que l'on fait d'un thème ou concept juridique, celui de l'abus de droit par exemple, tient souvent d'une part au fait que ses contours sont mal définis, prêtent par conséquent à des invocations et des transpositions fort diverses, et d'autre part à ce que les faits ou événements pour lesquels on l'invoque ont assez d'intensité, politique ou sociale, pour que l'on souhaite et réclame sans cesse pour eux la consécration de la légalité. Ce qui revient à dire que les thèmes comme ceux de droits des minorités, droits collectifs, droits acquis, droits coutumiers, en référence aux minorités linguistiques du Québec, sont des thèmes qui oscillent entre deux pôles, celui de la légalité et celui de la politique. Le fait pour eux de se retrouver, et les mêmes, à ces deux pôles, tendrait à montrer qu'il s'agit à la fois de thèmes politiques cherchant le secours de la légalité et de thèmes juridiques suffisamment vagues pour demeurer politiquement évocateurs.

Les remarques qui précèdent pourront surprendre et même sembler inutiles compte tenu du fait qu'il a été clairement posé au départ que cette étude allait être de caractère principalement juridique et accessoirement historique, et qu'elle ne serait pas politique, ni dans le sens d'une analyse sociologique ni encore moins dans le sens d'un écrit engagé. Mais il demeure que certaines notions juridiques, parce que fort complexes, s'accommodent mal d'une dichotomie trop tranchée, celle entre légalité et politique en l'occurrence, au point que l'étude que l'on peut en faire n'aura jamais la pureté que l'on voudrait lui prêter *a priori*. Les notions que nous analyserons ici nous semblent être de celles-là.

En effet, à moins d'orienter cette étude dans le sens d'un simple et fidèle inventaire, au reste probablement assez peu significatif, de tous les droits, coutumes ou usages pouvant ou ayant pu bénéficier effectivement aux minorités linguistiques québécoises, il faut y voir plutôt une analyse de la nature et de l'étendue des droits de ces dernières dans le cadre de la légalité constitutionnelle que nous connaissons. Pour dire les choses d'une autre façon, il s'agit pour nous de nous interroger non pas tant sur le statut légal actuel d'une minorité linguistique que sur son statut possible, dégagé à la lumière d'une certaine légalité que l'on peut appeler la légalité constitutionnelle, au sens le plus large qui soit. Et la justesse de cette perspective est bien attestée par le fait que lorsqu'on invoque par exemple le thème des droits acquis ou des droits coutumiers d'une minorité, c'est bien moins pour préciser le contenu de ces droits que pour en garantir la survie, à l'encontre d'un pouvoir législatif, gouvernemental ou administratif qui pourrait vouloir en réduire l'étendue.

Œuvrant dans cette perspective, nous aurons tôt fait de nous rendre compte toutefois que les règles juridico-constitutionnelles directement

pertinentes et directement applicables à l'objet de notre recherche sont en réalité fort peu nombreuses et souvent moins éclairantes qu'on pourrait le penser au premier examen. Certes à propos du thème des droits des minorités on peut penser tout de suite aux articles 93 et 133 du texte constitutionnel canadien⁽¹⁾ qui avaient pour but originel de protéger respectivement certaines minorités religieuses et linguistiques au Canada. Mais la lettre seule de ces dispositions, quoique révélatrice, ne suffit pas à en faire saisir l'esprit, et il faut encore y ajouter leur contexte historique d'adoption et surtout l'interprétation, jurisprudentielle et politique, qu'elles ont reçue. Dès lors et pour parvenir à cerner la part de légalité constitutionnelle que peuvent comporter les thèmes juridiques que nous examinerons, nous devons nous adonner à l'étude des contextes historiques, des applications et interprétations jurisprudentielles, enfin à certaines transpositions ou analogies juridiques entre l'état du droit sur certaines questions données et ce que pourrait être cet état sur certaines autres questions pouvant être légitimement reliées aux premières. Ce dernier mode de raisonnement, bien que parfois hasardé, sera nécessaire et inévitable pour mener cette étude.

Ainsi il faudra s'attendre à ce que l'analyse légale des notions juridiques qui sont en cause ici soit une analyse légale entendue dans un sens large; car la part de stricte légalité qu'elles comportent est assez étroite, peut-être même au point où l'examen que nous en ferons débordera quelque peu sur leur légitimité⁽²⁾, ce dernier concept étant situé quelque part entre les deux pôles de la légalité et de l'opinion politique, dans le prolongement du premier et certainement plus proche de celui-ci que de l'autre.

L'esprit dans lequel nous entendons mener cette étude étant précisé, il nous reste à déterminer maintenant le déroulement qu'elle suivra. Droits collectifs, droits des minorités, droits coutumiers, droits acquis: c'est à une analyse juridique générale de ces quatre thèmes ou notions que nous procéderons en vue d'en déterminer le contenu légal ou constitutionnel.

Lorsque l'on envisage les quatre notions dont il vient d'être question d'un point de vue juridique général, on a tôt fait de se rendre compte que les deux premières, c'est-à-dire les notions de droits collectifs et de droits des minorités se réfèrent essentiellement à une certaine légitimité, éventuellement même à une légalité qui procéderait du nombre, ou plus exactement de la taille et de la cohésion interne de certains

(1) Toute référence subséquente au texte constitutionnel canadien sera faite sous le sigle *A.A.N.B. (Actes de l'Amérique du Nord britannique)*.

(2) Sur les idées de légalité et de légitimité, on pourra consulter l'ouvrage *L'idée de légitimité*, Annales de philosophie politique, n° 7, P.U.F., 1967.

groupes donnés de personnes. Par ailleurs les deux autres notions, celles de droits coutumiers et de droits acquis se réfèrent à une légitimité ou à une légalité pouvant procéder non plus du nombre mais cette fois du temps. Dès lors c'est autour de ces deux idées que s'articulera l'ensemble de la présente étude. Intitulée *Légalité du nombre et légalité du temps*, elle consistera en une analyse de la façon dont nos principes fondamentaux de légalité constitutionnelle, concrétisés dans certains exemples, ont pu être façonnés par des facteurs, respectivement d'ordre numérique et d'ordre temporel.

C'est en conclusion que nous tenterons d'examiner le problème des droits linguistiques au Québec sous l'éclairage de ces quatre notions dont le contenu légal aura été préalablement dégagé. Il n'est pas rare que le discours populaire fasse des liens entre celles-ci et celui-là; il s'agira pour nous d'essayer d'en mesurer la consistance légale.

Le titre de cette étude est quelque peu formel et il comporte une certaine part de simplification. Certes il existe, au plan de la philosophie politique, une légalité du nombre, et c'est la substance même de l'idée démocratique; comme l'écrit Ripert «*dans une démocratie, la force prépondérante est, par l'idée même de la souveraineté et par le mode d'organisation politique, la force du nombre. Si la loi est l'expression de la volonté générale, la volonté du peuple se manifeste par une décision majoritaire. Les voix se comptent, 'théorie de l'égalité appliquée à l'intelligence', a dit de Tocqueville*»⁽³⁾. Dès lors la légalité du nombre serait au sens strict celle de la majorité bien plus que celle de la minorité.

Pourtant il n'est pas douteux que le concept de minorité connote, comme celui de majorité, une idée de nombre. Un groupe linguistique ne devient minorité, au sens de l'histoire et de la philosophie politique, que s'il acquiert une certaine dimension. Mais en cette matière le nombre n'est pas tout et il faut encore que ce groupe manifeste une cohésion interne, enracinée dans l'histoire ou dans l'idéologie, pour se hisser au niveau d'une minorité, même dans l'acception simplement populaire du mot. C'est en ce sens que l'expression «*légalité du nombre*» a quelque chose de simplificateur. Un droit ne devient jamais «*collectif*» ou «*le droit d'une minorité*» par le seul fait quantitatif d'être possédé par un grand nombre de personnes.

Semblablement l'expression «*légalité du temps*» rend imparfaitement compte de ce que peut être un droit coutumier ou encore un droit acquis. Ainsi dans le système juridique anglais pour qu'une coutume ait force de loi il faut encore qu'en plus d'être ancienne elle ait été continue,

(3) RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence 1955, p. 94-95.

pacifique, raisonnable, perçue comme obligatoire et relativement bien déterminée dans son objet⁽⁴⁾; ce qui montre que le temps, bien qu'étant l'élément constitutif fondamental de la coutume, n'est pas du tout le seul. Par ailleurs, comme nous le verrons, le principe juridique de la non-rétroactivité des lois et celui des droits acquis se réfèreraient non pas à une légalité du temps, créée par la durée, mais plus exactement à une légalité dans le temps; car le premier commande que la loi nouvelle n'abroge la loi ancienne que pour le futur, le second allant plus loin encore dans ce sens et dictant que cet effet prospectif même ne sera absolu et qu'il pourra laisser durer, même dans le futur, des situations que permettait la loi ancienne et que la nouvelle prohibe⁽⁵⁾.

De tout cela à coup sûr nous tenterons de tenir compte dans l'analyse que nous entreprenons de cette double série de notions, de droits collectifs et de droits des minorités d'une part, de droits coutumiers et de droits acquis d'autre part.

A. Droits des minorités et droits collectifs

Il ne faudrait pas s'étonner que le texte constitutionnel canadien, tel qu'adopté en 1867, ne contienne aucune déclaration de principes, et ce, à la différence de la plupart des documents constitutionnels modernes. Le fait est bien connu que la constitution canadienne n'en est pas une de type idéologique mais bien de type nettement statutaire⁽⁶⁾ et l'on n'y trouve guère d'énonciation de principes philosophico-politiques; au point même qu'on a pu écrire à son sujet qu'elle ressemblait davantage à la charte d'une petite municipalité qu'à la constitution d'un État moderne.

Mais la seule facture d'un texte ne dit pas tout sur le contenu de celui-ci, et la meilleure preuve en serait peut-être que même si le texte constitutionnel canadien ne traite pas expressément de thèmes comme la liberté d'opinion ou la liberté de presse, en particulier au niveau des affaires publiques, certains arrêts en ont reconnu l'existence et la consécration constitutionnelle à partir du préambule de la constitution⁽⁷⁾. Ce dernier, en posant que la constitution canadienne devait reposer «sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni» aurait eu pour effet de consacrer

(4) ALLEN (C.K.), *Law in the Making*, Clarendon Press, Oxford, 1966, 7^e édition, p. 129 et suivantes.

(5) ROUBIER (P.), *Le droit transitoire (Les conflits de lois dans le temps)*, Dalloz et Sirey, 2^e édition, Paris, 1960.

(6) Sur ce point, voir les commentaires du professeur Beetz dans son étude *Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867*, dans: *L'avenir du fédéralisme canadien*, Les Presses de l'Université de Montréal et de l'Université de Toronto, 1965, p. 113.

(7) *Re Alberta Statutes*, 1938 R.C.S. 100, aux pages 132 et suivantes (juge Duff). Ce raisonnement sera repris par le juge Abbott dans l'affaire *Switzman c. Elbling*, 1957 R.C.S. 285, aux pages 326 et suivantes.

l'existence d'un régime parlementaire⁽⁸⁾ au Canada, régime ne pouvant exister effectivement qu'à condition qu'on puisse y discuter très librement les affaires publiques et que les divers parlements s'abstiennent d'adopter des lois restreignant indûment cette liberté de discussion. Ce à propos de quoi le professeur Beetz a écrit: «... il n'est pas complètement paradoxal qu'en voulant protéger, contre une législature parlementaire, la liberté essentielle à son fonctionnement, on se serve de la notion britannique du parlement précisément pour limiter sa souveraineté, et ce, à l'encontre de la tradition britannique de la souveraineté du parlement»⁽⁹⁾.

Quoi qu'il en soit et même s'il n'existe aucune déclaration de principe dans la constitution canadienne concernant le droit des minorités, on peut quand même remarquer quatre dispositions ou séries de dispositions spécifiques à ce sujet. Les deux premières, qui se retrouvent aux articles 93 et 133 *A.A.N.B.* concernent respectivement le droit de certaines minorités religieuses à des écoles confessionnelles et la garantie du bilinguisme (anglais et français) au niveau du parlement et des tribunaux fédéraux, cela au profit de la minorité francophone du Canada, et cette même garantie au niveau de la législature et des tribunaux du Québec, cette fois au profit de la minorité anglophone de cette province. En troisième lieu, l'article 80 *A.A.N.B.* (qui se réfère à la deuxième annexe du texte constitutionnel) garantit, relativement aux droits électoraux de la minorité anglophone du Québec, que les délimitations de certaines circonscriptions électorales provinciales ne pourront être modifiées sans l'accord de la majorité des députés de ces circonscriptions. Finalement l'article 92,13 *A.A.N.B.* accorde aux provinces une compétence législative exclusive en matière de propriété et de droits civils et l'histoire nous montre au-delà de tout doute que cette attribution de compétence fut perçue, en 1867 comme plus tard, comme la garantie par excellence de la survie culturelle du Québec dans l'ensemble politique canadien majoritairement anglais⁽¹⁰⁾.

(8) L'expression «régime parlementaire» dans ce contexte doit probablement être entendue dans le sens large de régime de démocratie représentative et non dans le sens technique d'un régime où l'exécutif est responsable devant la chambre et qui dès lors s'oppose à la notion de régime présidentiel.

(9) BEETZ (J.), *Le contrôle juridictionnel du pouvoir législatif et les droits de l'homme dans la constitution du Canada*, La Revue du Barreau du Québec, 1958, v. 18, p. 361, à la page 366.

(10) L'article 94 *A.A.N.B.*, disposition qui ne fut jamais utilisée, confirmerait cette interprétation en tel sens qu'il prévoit la possibilité pour le parlement central d'uniformiser, avec l'accord des provinces concernées, les lois civiles de ces provinces. Or cet article ne s'applique pas au Québec et on y voit la marque que déjà en 1867 la province de Québec ne devait pas être une province comme les autres, parce que majoritairement française et catholique au sein d'un ensemble qui était, lui, majoritairement anglais et protestant. Sur l'article 92,13 la littérature juridique est extrêmement abondante; on pourra consulter:

TREMBLAY (A.), *Les compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils*, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1967.

L'énumération qui précède tendrait déjà à montrer que toute volonté de protection des droits de certaines minorités n'était pas absente de l'esprit des constituants en 1867. Pour le vérifier nous nous attarderons à examiner la portée de l'article 93 *A.A.N.B.*, le choix de cette disposition s'expliquant par les nombreux développements, historiques et jurisprudentiels, auxquels elle a donné lieu⁽¹¹⁾.

Il ne fait de doute pour personne que c'est avant tout pour garantir constitutionnellement certains droits de la minorité protestante du Bas-Canada que l'article 93 *A.A.N.B.* fut adopté en 1867. Autant il apparut essentiel aux hommes politiques du Québec que cette province conserve toute compétence législative sur une matière aussi sociologiquement fondamentale que l'éducation, autant la minorité protestante de cette province insista-t-elle pour que cette compétence comportât certaines restrictions à son profit, craintive qu'elle était des politiques scolaires éventuelles d'un pouvoir provincial à majorité catholique⁽¹²⁾. Dès lors on convint de consacrer constitutionnellement le principe de la confessionnalité scolaire, principe reconnu pour la première fois par une loi de 1841 du Parlement-Uni⁽¹³⁾ et suivant lequel chaque enfant devait rece-

(11) On trouvera le texte de cet article à l'annexe 1 de la présente étude. Signalons que le développement qui suit ne constitue en aucune façon une étude complète et approfondie de l'article 93 *A.A.N.B.* et l'on n'en traitera ici que sous l'angle de sa philosophie générale et de la contribution qu'il est susceptible d'apporter à une réflexion sur les quatre notions faisant l'objet de cette étude. Sur cet article on pourra consulter notamment: HURTUBISE (R.), *La confessionnalité de notre système scolaire et les garanties constitutionnelles*, 1962-63, v. 65, *Revue du notariat*, p. 167; HOULE (G.), *Le cadre juridique de l'administration scolaire locale au Québec*, annexe au rapport de la commission royale d'Enquête sur l'Enseignement dans la province de Québec, p. 85 et suivantes; SCHMEISER (D.A.), *Civil liberties in Canada*, Oxford University Press, 1964, p. 125 et suivantes; SENAY (R.), *Le sens des articles 93 de l'A.A.N.B. (1867) et 22 de l'Acte du Manitoba*, *Revue juridique Thémis*, 1968, p. 197; WEIR (G.M.), *The Separate School Question in Canada*, The Ryerson Press, Toronto, 1934.

(12) Qu'il suffise de rappeler le rôle joué à ce sujet par Alexander Galt, député de Sherbrooke et défenseur reconnu des protestants du Bas-Canada. Insatisfait de la garantie offerte à la minorité protestante du Québec dans les Résolutions de Québec (43^e résolution, paragraphe 6, correspondant en substance au paragraphe 1 de l'article 93 *A.A.N.B.*), il démissionna du ministère en signe de protestation. En 1866 il se rendit à Londres et c'est sous son instigation que furent ajoutés les paragraphes 3 et 4 de l'article 93 (correspondant en substance à la résolution 41, paragraphe 7 des Résolutions de Londres). Plusieurs années plus tard il relatera tous ces événements dans un petit ouvrage (*Church and State*, Dawson Brothers, Montréal, 1876) et redira jusqu'à quel point à son avis l'article 93 a accordé une protection totalement insuffisante aux droits de la minorité protestante du Québec, spécialement dans les villes de Montréal et de Québec.

(13) *Acte pour abroger certains Actes y mentionnés et pour pourvoir plus amplement à l'établissement et au maintien d'écoles publiques en cette Province*, 4-5 Vict., S. Can. 1841, c. 18.

voir une éducation conforme aux prescriptions de sa religion⁽¹⁴⁾. Cette loi établissait en effet des écoles communes pour tous les enfants d'une localité, sous l'importante réserve du droit de dissidence «*grâce auquel, dans toute circonscription scolaire, un groupe professant une religion différente de celle de la majorité avait le droit d'avoir une école administrée par des syndics investis des mêmes pouvoirs et des mêmes droits et assujettis aux mêmes obligations que les commissaires*»⁽¹⁵⁾. C'est essentiellement cette situation que le paragraphe premier de l'article 93 est venu consacrer dans le Québec⁽¹⁶⁾; et comme pour concrétiser davantage le sens de cette garantie on y ajouta le paragraphe deuxième de ce même article, qui se référait implicitement à une loi du Haut-Canada de 1863 réglementant le droit de dissidence pour les catholiques⁽¹⁷⁾ et dont l'effet était en pratique d'assurer à la minorité protestante du Québec un traitement aussi équitable que celui consenti à la minorité catholique d'Ontario quelques années auparavant⁽¹⁸⁾.

C'est assez dire que l'article 93, dans son inspiration, visait essentiellement la protection des droits scolaires des minorités religieuses, et cela, plus largement encore au Québec qu'en Ontario du fait qu'aucune loi pré-confédérative du Bas-Canada ne spécifiait de confession particulière pour l'exercice du privilège de dissidence alors qu'au Haut-Canada ce privilège, depuis 1851, ne bénéficiait qu'à la confession catholique et à la confession protestante, cette dernière envisagée comme unique⁽¹⁹⁾. Encore faudrait-il insister sur le fait qu'en plus des garanties dont nous venons de parler on prévint aux deux derniers paragraphes de l'article 93 l'existence d'un recours politique auprès du gouverneur-général et la possibilité pour le parlement central d'adopter des lois «*remédiatrices*»,

(14) Voir: CARIGNAN (P.), *L'établissement du système confessionnel d'enseignement sous le régime de l'Union*, Thémis, 1964, v. 14, p. 266. Suivant cet auteur ce serait à cause de l'insistance avec laquelle les clergés anglican presbytérien, congrégationaliste et catholique romain réclamaient l'enseignement de la religion à l'école qu'on adopta un tel système en 1841.

(15) *Rapport de la commission royale d'enquête sur l'enseignement*, Québec, v. 1, 1963, p. 9 à 11.

(16) Notons le fait important que dans les villes de Montréal et de Québec la situation était différente en 1867. La loi y établissait des écoles catholiques et protestantes seulement, gérées par deux comités autonomes confessionnels. Cette situation fut aussi constitutionnalisée par l'article 93.

(17) *Acte pour réintégrer les catholiques romains du Haut-Canada dans l'exercice de certains droits concernant les écoles séparées*, 1863, 26 Vict., c. 5.

(18) Rappelons que le paragraphe 2 de l'article 93 apparaît pour la première fois dans les résolutions de Londres, très probablement à la suite des pressions de l'opinion protestante du Québec. Les «droits et privilèges» qu'il garantit sont les suivants: droit à la dissidence (pour la minorité protestante ou catholique selon le cas, dans une municipalité scolaire donnée), droit pour les dissidents d'imposer des taxes, droit de recevoir des octrois annuels, exemption de paiement de taxes servant aux écoles communes. Voir: HURTUBISE (R.), *op. cit.*, note 11, p. 175 et suivantes.

(19) CARIGNAN (P.), *op. cit.*, note 14.

comme si en cette matière les pouvoirs généraux de désaveu et de réserve des lois provinciales ne suffisaient pas et qu'il fallait y ajouter quelque chose de plus⁽²⁰⁾. Le droit des minorités, religieuses en l'occurrence⁽²¹⁾, n'était donc pas un thème sans signification dans l'esprit des hommes politiques de l'époque, et l'on devait en avoir à nouveau la preuve en 1870, lors de l'entrée du Manitoba dans l'Union canadienne⁽²²⁾. Et c'est avec raison qu'on a pu écrire d'eux qu'ils étaient «des réalistes tolérants plutôt que des théoriciens; quand il existait une minorité suffisamment nombreuse pour faire sentir sa présence ils la reconnaissaient»⁽²³⁾.

Pourtant l'avenir réservait un sort assez inattendu à cet article 93 *A.A.N.B.* et il est important de rappeler que l'utilisation, judiciaire et politique, que l'on en fit lors des quelques grandes crises scolaires qui marquent l'histoire canadienne ne fut guère à l'avantage des minorités que cet article, au départ, semblait vouloir protéger. En effet dès 1871 le Nouveau-Brunswick adopta une loi établissant un système d'écoles publiques non confessionnelles⁽²⁴⁾ que les catholiques contestèrent immédiatement au motif qu'elle leur enlevait le droit, qu'ils prétendaient avoir possédé en 1867, de voir leurs enfants recevoir un enseignement de la foi catholique aux écoles publiques.

La Cour Suprême du Nouveau-Brunswick⁽²⁵⁾ et le Conseil Privé à sa suite⁽²⁶⁾ rejetèrent leurs prétentions, insistant sur le fait que ce privilège des catholiques n'avait été qu'une simple tolérance qu'aucun texte de loi n'avait jamais garanti; en conséquence il n'avait pas été consacré par l'article 93, dont le texte se référait aux seuls droits ou privilèges *conférés par la loi* lors de l'Union. C'est une décision du même genre que rendra le Comité Judiciaire en 1892, dans la célèbre affaire *City of Winnipeg c. Barrett*⁽²⁷⁾, en référence cette fois à une loi manitobaine

(20) Article 56, 57 et 90 *A.A.N.B.*; LA FOREST (G.V.), *Disallowance and Reservation of Provincial Legislation*, Ottawa, Department of Justice, 1955.

(21) Il est reconnu depuis longtemps, et cela est de la plus haute importance, que l'article 93 établit des garanties constitutionnelles en matière scolaire au profit des minorités religieuses seulement et non au profit des minorités linguistiques. «... the class of persons to whom the right or privilege is reserved must ... be a class of persons according to religious belief, and not according to race or language» (*Ottawa Separate Schools Trustees c. Mackell*, 1917, A.C. 62, à la p. 69).

(22) *Acte du Manitoba*, 33 Vict. S. Can. 1870, c. 3, art. 22. Cette disposition, à quelques exceptions près dont il sera question plus loin, est la réplique de l'article 93 *A.A.N.B.* On la trouvera reproduite à l'annexe 2 de la présente étude.

(23) COOK (R.), *L'autonomie provinciale, les droits des minorités et la théorie du pacte, 1867-1921*, étude de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, Ottawa, 1969, p. 53.

(24) *The Common School Act*, 1871, 34 Vict. (N.B.), c. 21.

(25) *Ex parte Renaud and Others*, 1872-73, 14 New Brunswick Reports, p. 273.

(26) *Maher c. Town of Portland*, in: WHEELER (G.J.), *Confederation Law of Canada*, Londres, 1896, p. 366.

(27) 1892 A.C. 445.

de 1890 mettant elle aussi sur pied un système d'écoles publiques non confessionnelles⁽²⁸⁾. Instruit sans doute par l'expérience du Nouveau-Brunswick, on avait pris soin lors de la rédaction en 1870 de la loi fédérale devant servir de constitution à la future province du Manitoba de garantir constitutionnellement les droits ou privilèges conférés non seulement par la loi mais aussi par la coutume⁽²⁹⁾. Le Comité Judiciaire, renversant un jugement unanime de la Cour Suprême du Canada⁽³⁰⁾, fut quand même d'opinion que cela n'avait pu avoir pour effet de garantir le droit à des écoles confessionnelles au point d'exempter ceux qui voulaient se prévaloir de ce droit de contribuer financièrement au nouveau système d'écoles publiques neutres. Le système scolaire existant au Manitoba en 1870, lors de l'entrée de cette province dans l'union canadienne, était un système d'écoles confessionnelles purement privées, financé par les parents et par les Églises; ce ne fut qu'en 1871 que la province commença de le subventionner et institua pour son maintien un système public d'imposition. Dès lors le seul droit constitutionnellement garanti en 1870 en matière d'écoles confessionnelles a été considéré comme le droit de continuer d'en établir, sans qu'on puisse réclamer l'aide de l'État pour leur maintien et sans même que ceux désireux de le faire puissent exiger d'être exemptés de payer les taxes pour le maintien des écoles publiques non confessionnelles dont ils ne pouvaient, pour des motifs religieux, bénéficier. Il est intéressant de remarquer, en rapport avec cette affaire, que la Cour Suprême du Canada⁽³¹⁾ avait rendu un jugement différent en considérant que le droit d'avoir des écoles confessionnelles privées devait comprendre, en regard de la coutume antérieure sinon en regard de la loi écrite, tout au moins le droit d'être exempté de contribuer au maintien des écoles publiques non confessionnelles, sans quoi la garantie inscrite à l'article 22 de l'*Acte du Manitoba* devenait inutile⁽³²⁾. Le Comité Judiciaire en décida différemment, invoquant notamment le fait que toute autre décision à ce sujet empêcherait pratiquement le Manitoba de mettre sur pied un système public d'éducation⁽³³⁾; et il sembla préférer que l'affaire se règle sur le plan politique, reconnaissant à la minorité catholique le droit d'en appeler au gouvernement fédéral en vertu des paragraphes 2 et 3 de l'article 22 de l'*Acte du Manitoba*⁽³⁴⁾, ceci encore à l'encontre

(28) *The Public Schools Act*, 1890, 53 Vict. S. Man. c. 38.

(29) L'article 22 de l'*Acte du Manitoba* (note 22) contient les mots «par la loi ou par la coutume» («law or practice»).

(30) *Barrett c. City of Winnipeg*, 1891 R.C.S. 374.

(31) Voir note précédente.

(32) Voir notes 22 et 29.

(33) 1892, A.C. 445, à la page 459.

(34) Voir note 22. Ces deux paragraphes correspondent en substance aux paragraphes 3 et 4 de l'article 93 *A.A.N.B. Brophy c. A.G. Manitoba*, 1895 A.C. 202.

de la Cour Suprême du Canada qui, ayant fait droit au recours judiciaire comme on l'a vu, considéra que le recours politique en l'occurrence n'était pas possible⁽³⁵⁾. Enfin l'interprétation restrictive de l'article 93 *A.A.N.B.* devait se poursuivre au XX^e siècle, en rapport avec une série d'événements survenus cette fois en Ontario. C'est ainsi que dans l'affaire *Ottawa Separate Schools Trustees c. Mackell*⁽³⁶⁾ le Comité Judiciaire décida que les garanties offertes par cette disposition étaient de nature uniquement religieuse et qu'un groupe linguistique n'était pas de ce fait une «*classe particulière de personnes*» au sens du paragraphe premier de cette disposition: d'où la validité constitutionnelle du fameux règlement 17 par lequel les autorités d'Ontario en 1913 restreignirent l'usage du français dans les écoles de cette province, y compris les écoles dissidentes. Quelques années plus tard, soit en 1928 dans l'affaire *Roman Catholic Separate School Trustees for Tiny and Others c. The King*⁽³⁷⁾, le Comité Judiciaire, confirmant le jugement de la Cour Suprême du Canada⁽³⁸⁾, statua que la protection constitutionnelle accordée par l'article 93 aux écoles séparées d'Ontario ne visait que les écoles séparées de niveau primaire et pas les autres et qu'en conséquence la minorité catholique de Tiny n'avait droit ni à des subventions pour des écoles séparées du niveau secondaire ni à des exemptions de taxes destinées aux écoles secondaires communes.

On vient de rappeler une histoire et une jurisprudence bien connues, que nombre d'auteurs et d'hommes politiques ont regrettées et critiquées. Mais ce à quoi l'on s'est beaucoup moins appliqué, c'est à faire ressortir le fait que cette histoire et cette jurisprudence furent dans une large mesure les reflets d'une certaine évolution politico-constitutionnelle générale au Canada, évolution que Ramsay Cook a brillamment décrite dans les termes suivants:

«Parmi les grand thèmes qui ont dominé l'histoire politique et constitutionnelle du Canada, de 1867 à 1921, on relève les deux suivants: le conflit des pouvoirs entre Ottawa et les provinces, et les droits des minorités de langue et de religion. La situation aurait été relativement simple, si les deux questions s'étaient posées dans les mêmes cadres géographiques et constitutionnels. Sa complexité tient en outre à ce que les droits des provinces et ceux des minorités entraient souvent en conflit. Pour des raisons politiques évidentes, les minorités comptaient bénéficier d'une audience plus favorable à Ottawa que dans les capitales provinciales. D'autre part, les cham-

(35) *In re Certain Statutes of the Province of Manitoba relating to Education*, 1894 R.C.S. 577.

(36) 1917 A.C. 62.

(37) 1928 A.C. 363.

(38) 1927 R.C.S. 637.

pions des droits provinciaux considéraient souvent le gouvernement fédéral comme un ennemi.

Chacun des conflits a donné lieu à l'élaboration d'une théorie du pacte. Les provinces, cherchant à se soustraire à ce qu'on a appelé le paternalisme du gouvernement fédéral, se repliaient sur la théorie voulant que la constitution ait pour assise un pacte entre les provinces fondatrices. On se représentait le gouvernement fédéral au mieux comme un primus inter pares, et, en mettant les choses au pis, comme un serviteur des provinces. Cherchant à protéger et à élargir les droits des minorités de religion et de langue, on a élaboré une théorie assimilant l'acte confédératif à un pacte culturel, à une entente anglo-française. D'après cette théorie, la Confédération associait à titre d'égaux deux groupes culturels se garantissant mutuellement leurs droits dans l'ensemble du pays. On peut affirmer que, dès 1921, la doctrine des droits provinciaux et le pacte la sous-tendant prévalaient parmi les politiques canadiens, et qu'ils étaient partiellement admis par les juristes. La deuxième théorie, celle du pacte culturel, ne s'était pas imposée de la sorte.»⁽³⁹⁾

On en retiendra, pour les fins de notre propos, que l'interprétation judiciaire restrictive de certaines garanties constitutionnelles au profit des minorités ne fut pas quelque chose de totalement fortuit en regard de l'histoire politique canadienne; elle en fut plutôt dans une certaine mesure le reflet. En effet, et cela dès les premiers moments, la vie constitutionnelle canadienne et, par conséquent, le droit qui en découlait se jouèrent essentiellement en une lutte mettant aux prises Ottawa et les provinces, lutte dont ces dernières sortirent bien souvent victorieuses en particulier grâce aux appuis répétés que leur prêta le Comité Judiciaire du Conseil Privé⁽⁴⁰⁾. Dans les secteurs, tel l'éducation, au sein desquels les provinces avaient une compétence constitutionnelle reconnue, on invoqua très souvent le respect de la volonté démocratique pour leur laisser les coudées les plus franches dans l'adoption de leurs lois. Ainsi prévalait une certaine philosophie de la «majorité responsable», qui en matière d'éducation et de garanties scolaires rendit fort difficile, voire impraticable, toute intervention fédérale, même si une

(39) COOK (R.), *op. cit.*, note 23, p. 65.

(40) La tendance provincialiste du Comité Judiciaire du Conseil Privé a été maintes fois décrite et critiquée. Voir notamment:

LASKIN (B.), «Peace, Order and Good Government» Re-Examined, *La Revue du Barreau Canadien*, v. 25, 1947, p. 1054.

Pour une critique des décisions judiciaires du Comité Judiciaire relatives aux droits des minorités, voir:

SCOTT (F.R.), *The Privy Council and Minority Rights*, *Queen's Quarterly*, v. 37, 1930, p. 668.

disposition constitutionnelle expresse en prévoyait la possibilité⁽⁴¹⁾. Certes il n'est pas douteux qu'en 1867 le pouvoir central que l'on s'appropriait à créer fut perçu par beaucoup comme devant être le protecteur des minorités. Outre l'article 93 *A.A.N.B.* on en aurait une preuve de plus dans le fait que c'est au parlement central que l'on attribua compétence sur les Indiens⁽⁴²⁾, de même que sur le mariage et le divorce⁽⁴³⁾; et dans ce dernier cas il est bien connu en effet que cette attribution de compétence fut consentie pour sauvegarder le droit au divorce des protestants du Québec, droit auquel la majorité catholique du Québec était résolument hostile pour des motifs religieux et qui, par une loi provinciale, aurait pu dès lors échapper à la minorité. Mais l'évolution politique du pays allait démentir ces prévisions, tout au moins en ce qui concerne le recours politique institué par l'article 93 *A.A.N.B.* Le recours judiciaire institué par ce même article ne fut pas moins décevant.

L'évolution politique que Ramsay Cook a décrite dans le passage reproduit plus haut comme une lutte se jouant entre deux pouvoirs, celui d'Ottawa et celui des provinces, n'a pu faire autrement que se refléter de façon assez marquée dans le droit constitutionnel, rendant chacun de ces deux ordres de gouvernement complètement responsables de ses secteurs de compétence; d'autant plus aisément du reste que ce droit, par ses origines anglaises, prêtait lui-même par certains de ses plus importants principes à une évolution de ce genre. En effet on ne saurait trop insister sur le fait que ce principe fondamental du droit constitutionnel anglais qu'est le principe de la souveraineté du parlement a eu une influence considérable sur l'évolution du droit constitutionnel canadien. Un ordre de gouvernement avait-il une compétence reconnue et exclusive dans une matière donnée, il fallait lui reconnaître la possibilité de l'exercer pleinement et de la seule façon dont il l'entendait, la seule limite à cet exercice étant la preuve qu'en fait ce n'était plus celle-là

(41) Il faudrait faire état ici des nombreux épisodes de la crise scolaire manitobaine qui, commencée en 1890, devait se dénouer en 1896 par le compromis Greenway-Laurier. Pour une étude des conditions légales requises pour que le recours au gouverneur général puisse être exercé, voir: SENAY (R.), *op. cit.*, note 11, p. 215. Pour un examen historique du pouvoir fédéral d'intervention il existe une étude faite par M. Laurier LaPierre (*Federal Intervention under Section 93 of the B.N.A.A.*) pour le compte de la Commission d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, étude que nous n'avons malheureusement pas pu consulter.

(42) Article 91, paragraphe 24 *A.A.N.B.* Voir notamment à ce sujet: LYSYK (K.), *The Unique Constitutional Position of the Canadian Indian*, 1967, La Revue du Barreau Canadien, v. 45, p. 513.

(43) Article 91, paragraphe 26. Pour l'explication historique de cette attribution de compétence, voir: MOREL, (A.), *Mariage et divorce dans l'ordre constitutionnel canadien*, dans: Le Québec dans le Canada de demain, v. 2, Éditions du Jour, Montréal, 1967, p. 59.

qu'il exerçait mais bien une autre, ne lui appartenant pas mais appartenant à l'autre ordre de gouvernement. On pourrait donner plusieurs illustrations jurisprudentielles classiques de ce mode de raisonnement⁽⁴⁴⁾, reposant essentiellement sur l'idée d'un partage total et plénier des responsabilités publiques entre deux gouvernements souverains au sein de leur sphère de compétence⁽⁴⁵⁾ et toujours opéré sans aucune référence à quelque principe philosophico-juridique que ce soit. Une certaine forme de légalité constitutionnelle prit jour de cette façon, empreinte de souveraineté parlementaire, nourrie d'un positivisme auquel déjà le document constitutionnel canadien incitait par sa facture et surtout articulée autour de l'idée fondamentale du partage des compétences, idée dont on peut soutenir qu'elle était le fidèle reflet des conflits de pouvoirs entre les provinces et le gouvernement central. En cette matière les principes philosophico-politiques furent la plupart du temps totalement absents et ce qui prima fut sans conteste une philosophie judiciaire marquée de deux caractères contradictoires si l'on peut dire, en tel sens que tout en étant abstraite, textuelle, positiviste et conceptuelle, elle se trouvait être du même coup assez réaliste du fait qu'elle reflétait relativement bien une bataille entre deux pouvoirs où dominaient les rapports de force bien plus que les principes philosophico-politiques.

Dans cette perspective générale on parvient mieux à expliquer pourquoi les garanties constitutionnelles en faveur des minorités furent interprétées étroitement et pourquoi dans son état actuel la légalité constitutionnelle canadienne ne contient vraiment rien de substantiel sur un thème comme celui du droit des minorités. Car ce fut rarement en ces termes, d'inspiration philosophique, que la question fut posée judiciairement, d'autant moins que le texte constitutionnel n'y prêtait guère. Dans ses deux premiers paragraphes, c'est-à-dire dans les protections judiciaires qu'il accorde aux minorités religieuses en matière scolaire, l'article 93 *A.A.N.B.* est une disposition de nature historique qui vient cristalliser une situation législative existante en 1867, sans référence explicite à la philosophie véritable au nom de laquelle elle le fait. L'interprétation et l'application judiciaires qu'en ont faites les tribunaux ont épousé le style de cette

(44) C'est ainsi que dans l'affaire *Union Colliery c. Bryden*, 1899 A.C. 580 on a invalidé une loi provinciale interdisant aux Chinois de travailler dans les mines non pas en raison de son caractère discriminatoire mais bien en raison du fait qu'elle relevait de la compétence fédérale sur la naturalisation et les aubains (art. 91,25 *A.A.N.B.*). Semblablement dans l'affaire *Mackay c. The Queen*, 1965 R.C.S. 798 on a jugé qu'un règlement municipal interdisant l'affichage ne pouvait valablement prohiber l'affichage électoral au cours des campagnes électorales fédérales, invoquant non pas la liberté d'expression mais bien le fait qu'une province et par conséquent une municipalité ne pouvaient réglementer ainsi des matières fédérales.

(45) *The Liquidation of the Maritime Bank of Canada c. The Receiver-General of New Brunswick*, 1892 A.C. 437, à la p. 442; *A.G. Ontario c. A.G. Canada*, 1912 A.C. 571, à la p. 581; *Murphy c. C.P.R.*, 1958 R.C.S. 626, à la p. 643.

disposition; en effet, les cours se sont toujours limitées à se demander ce qu'était l'état des lois à cette époque du temps et à comparer cet état à celui qu'une loi nouvelle postérieure venait créer pour décider de la validité constitutionnelle de cette dernière. À coup sûr il était impossible que ce processus de confrontation fût de type purement mécanique et nécessairement il faisait appel à certains jugements de fond; on en eut la preuve avec l'affaire *Barrett*⁽⁴⁶⁾ où les tribunaux eurent à décider si le droit de la minorité catholique du Manitoba à des écoles confessionnelles que consacrait la loi de 1870⁽⁴⁷⁾ comportait pour eux le simple droit d'en établir librement ou s'il ne comportait pas davantage, subsides étatiques ou au moins exemptions fiscales au profit de ceux qui entendaient s'en prévaloir. Le Comité Judiciaire, on le sait, a opté pour la première solution, portant certes un jugement de fond sur le contenu constitutionnel du droit de la minorité catholique, mais en même temps un jugement très empreint de considérations historiques spécifiques au Manitoba, — la formulation même de la garantie constitutionnelle obligeant à de telles considérations — ce qui réduit la portée générale qu'il peut avoir sur la notion de droit des minorités dans la légalité canadienne.

Ces réserves étant faites, il demeure quand même légitime à notre avis de tenter de dégager de l'interprétation jurisprudentielle que l'article 93 *A.A.N.B.*⁽⁴⁸⁾ a reçue certaines leçons pertinentes à une étude générale sur la notion de droit des minorités. On pourrait les résumer de la façon suivante. Au plan constitutionnel les garanties accordées aux minorités ont reçu une interprétation judiciaire restrictive, opérée sans référence à quelque principe philosophico-juridique que ce soit⁽⁴⁹⁾ et dont l'effet pratique fut de laisser le plus possible libre cours à la volonté politique majoritaire de la collectivité dont ces minorités faisaient partie. Les décisions judiciaires dont il a été précédemment question en sont autant d'exemples. Ainsi dans l'affaire *Barrett*⁽⁵⁰⁾ le droit de la minorité est réduit à sa plus simple expression et se résume au «*droit naturel*»⁽⁵¹⁾ qu'aurait tout parent de faire éduquer ses enfants comme il l'entend, pourvu qu'il paie lui-même pour ce service et que cela ne le décharge pas de ses obligations générales de citoyen, en l'occurrence de contribuer au système général d'écoles publiques. L'affaire *Mackell*⁽⁵²⁾ aboutit pratiquement au même résultat, le français pouvant demeurer langue

(46) Note 27.

(47) Note 22.

(48) Ainsi que les dispositions correspondantes de l'*Acte du Manitoba*.

(49) On pense notamment ici au droit d'une minorité «historique» à la conservation de sa langue ou de sa religion.

(50) Note 27.

(51) *Ibid.*, à la page 454 du jugement. On y emploie l'expression «*natural right*» et l'on reconnaît que telle est bien la situation.

(52) Note 36.

d'instruction dans les seules écoles privées. On remarquera que sur un plan strictement technique cette dernière décision était peut-être moins discutable que la précédente, du fait que dans sa lettre, l'article 93 A.A.-N.B. ne protège que les minorités religieuses et non les minorités linguistiques. Dans le contexte contemporain toutefois elle surprend encore plus que l'autre et on en retiendra seulement pour les fins de notre propos que nulle part dans ce jugement il n'est fait allusion à quelque droit fondamental de la minorité francophone d'Ontario en matière scolaire et que tout repose une fois de plus sur des considérations de strict droit positif et sur une interprétation restrictive de celui-ci.

La jurisprudence dont il vient d'être question est relativement ancienne et elle a été extrêmement critiquée. Aussi nous reprochera-t-on peut-être de nous appuyer sur elle pour tenter de cerner le contenu constitutionnel actuel de la notion de droits des minorités au Canada; d'autant plus qu'elle procède d'événements historiques déjà lointains, au cours desquels la majorité protestante et anglophone avait souvent manifesté à l'endroit de la minorité catholique et francophone une hostilité et un irrespect dont elle ne s'enorgueillit pas aujourd'hui⁽⁵³⁾. En sorte que l'utilisation de cette jurisprudence, en référence cette fois aux droits constitutionnels des minorités du Québec, pourrait avoir quelque chose d'une vengeance ou d'une rancœur. Mais on aura compris, espérons-nous, que notre seul propos ici est de dégager de cette jurisprudence la part de légalité constitutionnelle qu'elle peut comporter, sans référence aux événements politiques qui l'ont suscitée. Qu'un droit fasse une large place à la règle de la majorité et qu'il consente peu de garanties expresses à la minorité, cela constitue la manifestation d'une certaine légalité que l'on pourrait appeler légalité majoritaire, quoique cela ne dise rien et ne doive rien dire sur la façon dont la majorité traite ou doit traiter effectivement la minorité et sur le contenu des normes qu'elle lui applique. Il s'agit bien d'un mode de décision et non de la substance de celle-ci. En ce sens l'on peut dire que le droit constitutionnel canadien est un droit très empreint de légalité majoritaire. Trait qui peut être considéré comme bon ou moins bon, suivant qu'au plan de sa philosophie politique celui qui l'apprécie est un démocrate optimiste ou un libéral plus craintif du pouvoir du nombre, ou qu'au plan historique il approuve ou désapprouve le traitement effectivement consenti par le passé par les majorités aux minorités au Canada.

Sans vouloir faire de parallèle hasardé on peut signaler au passage que le droit des minorités linguistiques ou religieuses au Canada n'est pas le seul secteur, il s'en faut, où la philosophie majoritaire comme mode de décision a imprégné très fortement la légalité canadienne. On en

(53) Rappelons seulement le climat d'agitation suscité par l'Ordre d'Orange au tournant du siècle en Ontario et le rôle joué par un homme comme Dalton McCarthy.

aurait une preuve de plus avec le système électoral qui prévaut au Canada, soit le système majoritaire pur et simple, suivant lequel le candidat élu dans chaque circonscription est celui qui a obtenu non pas la majorité absolue mais uniquement le plus grand nombre de voix, système qui de ce fait et du fait qu'il n'accorde pas de représentation nationale aux opinions dissidentes s'avère assez peu favorable aux minorités. La règle de la majorité comme mode général de décision apparaît dans la plupart des secteurs de notre droit⁽⁵⁴⁾, et ce n'est pas qu'en droit constitutionnel qu'on ait trouvé à s'en plaindre⁽⁵⁵⁾.

Les réflexions qui précèdent portent sur l'état de la légalité constitutionnelle canadienne au sujet des droits des minorités, l'article 93 *A.A.N.B.* et les applications qu'il a reçues étant pris comme foyers principaux d'analyse de cet état. Il faut bien remarquer toutefois que toute la jurisprudence citée antérieurement n'est pas comme telle directement applicable au Québec. Au plan de leur contenu spécifique, certains arrêts le seraient probablement⁽⁵⁶⁾, d'autres à coup sûr ne le seraient pas⁽⁵⁷⁾. Mais de l'ensemble de cette jurisprudence il se dégage une certaine philosophie constitutionnelle générale et c'est ce sur quoi nous avons insisté jusqu'ici.

À coup sûr il convient de faire état du fait qu'en ce domaine les choses évoluent très rapidement, au double plan politique et juridique. Plus que toute autre peut-être, la légalité constitutionnelle est une légalité très évolutive; aussi faudrait-il insister sur les nombreuses lois, fédérales et provinciales, récentes qui accordent certains droits aux minorités lin-

(54) *Loi d'interprétation*, S.R.Q., 1964, c. 1, art. 59: «Lorsqu'un acte doit être accompli par plus de deux personnes, il peut l'être valablement par la majorité de ces personnes, sauf les cas particuliers d'exception.» *Loi d'interprétation*, S.R.C., 1952, c. 158, art. 30: «Dans une loi, à moins que l'intention contraire ne soit manifeste, les mots par lesquels une association ou un certain nombre de personnes sont constituées en corporation ou en corps politique ... confèrent à la majorité des membres de la corporation la faculté de lier les autres par leurs actes.»

(55) On a beaucoup écrit en particulier sur la question de l'actionnaire minoritaire en droit corporatif. Notons qu'existe dans ce domaine la notion de fraude envers la minorité, notion qui trouve application lorsque la majorité des actionnaires d'une compagnie profite de sa position majoritaire pour s'avantager systématiquement et nier l'avantage à la minorité au lieu d'agir *bona fide* au bénéfice de la compagnie dans son ensemble. Voir notamment: MCCARTHY (G.), *L'actionnaire minoritaire ou les méfaits de la démocratie*, La Revue du Barreau du Québec, 1967, v. 27, p. 473.

(56) Il déborderait largement les cadres de notre propos de tenter d'évaluer la portée exacte des garanties de l'article 93 *A.A.N.B.* au Québec. Notons seulement que l'arrêt *Mackell* y est très probablement applicable et que si l'Ontario a pu déterminer la langue d'enseignement dans les écoles, le Québec pourrait faire de même.

(57) L'arrêt *Barrett* est certainement inapplicable au Québec du simple fait que le système d'écoles confessionnelles dissidentes y existait en vertu de la loi en 1867, ce qui n'était pas le cas au Manitoba.

guistiques en particulier⁽⁵⁸⁾ et qui consacrent certains droits fondamentaux de l'individu⁽⁵⁹⁾. Avec ces dernières surtout on a l'impression que la légalité constitutionnelle se «*fondamentalise*» pour ainsi dire, en ce sens qu'on y introduit pour la première fois des concepts juridiques d'inspiration large et quasi philosophique⁽⁶⁰⁾, et l'on pourrait s'attendre dès lors à ce qu'un thème comme celui du droit des minorités acquière de plus en plus de consistance au plan constitutionnel un peu de la même façon que le concept de discrimination ou d'égalité de tous devant la loi. Ainsi l'on s'éloignerait peu à peu de l'approche traditionnelle en cette matière, toute basée sur l'idée de partage de compétences⁽⁶¹⁾, pour se rapprocher d'une vision plus «*fondamentaliste*» et mieux nourrie au point de vue philosophico-politique.

À ce sujet signalons tout d'abord que l'évolution à laquelle il vient d'être fait allusion, quoique très réelle, ne fait que manifester un changement d'attitude de la part de la majorité anglophone au Canada envers la minorité francophone en particulier; elle n'infirme en rien nos réflexions précédentes sur la règle de la majorité comme processus prédominant de décision, s'exerçant de façon autonome à l'intérieur de chaque ordre, fédéral ou provincial, de gouvernement. En second lieu et surtout il convient d'insister sur le fait que l'évolution en faveur de l'élaboration de «*déclarations de droits*» qui a commencé au Canada il y a un certain nombre d'années concerne avant tout les droits individuels bien plus que les droits collectifs. Les textes de lois existants en cette matière sont le reflet d'une philosophie individualiste, libérale et égalitaire; et pour ne prendre qu'un exemple on remarquera que la prohibition de la discrimination, raciale, religieuse ou autre, dans l'emploi ou ailleurs, est la manifestation par excellence de cette philosophie, en tel sens que son effet, de type négatif et égalitaire, est d'empêcher que l'appartenance à un groupe particulier, racial, linguistique ou autre, n'entraîne la privation de certains droits communs à l'ensemble de la population. Formellement l'interdiction de la discrimination serait à l'opposé de l'idée de droits des minorités, cette dernière ayant pour effet d'accorder positivement certains droits et un traitement particulier à des collectivités données; et toujours au plan formel on pourrait même dire que la consécration des

(58) Par exemple: *Loi sur les langues officielles*, 1968-69 S. Can., c. 54; *Loi sur les langues officielles*, 1969 S.N.B., c. 14; *Loi pour promouvoir la langue française au Québec*, 1969 S.Q., c. 9; *The Schools Administration Amendment Act*, 1968 S.O., c. 121. s. 5-9; *The Secondary and Boards of Education Amendment Act*, 1968 S.O. c. 122, s. 10.

(59) Pour une énumération des principales lois, fédérales et provinciales, ayant trait aux droits fondamentaux, voir: *Charte canadienne des droits de l'homme*, publication du Ministère de la Justice, Ottawa, 1968, p. 179.

(60) Par exemple les grandes libertés de religion, de parole, de presse, le concept d'égalité devant la loi, etc., toutes notions que l'on retrouve en particulier dans la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44.

(61) Voir *supra*.

droits des minorités n'est qu'une simple discrimination renversée, au profit de ces dernières.

Pourtant on rendrait fort mal compte de la réalité philosophique et politique en se limitant à ces remarques; l'essentiel à notre avis est de bien voir que la prohibition de la discrimination procède d'une philosophie individualiste et égalitaire, la consécration des droits des minorités ayant par ailleurs un fondement de type plus collectif. À coup sûr la plupart des discriminations sont collectives dans leur origine, en tel sens qu'elles vont s'exercer contre un ou plusieurs individus parce que membres d'un groupe ou collectivité donnée. Mais la raison pour laquelle on les prohibe est, elle, de nature individualiste et égalitaire; il s'agit de considérer toutes les personnes comme étant sur un pied d'égalité devant la loi. C'est l'inverse qui se produit quant aux droits des minorités; car partant de l'égalité et de l'uniformité on va vers la reconnaissance des particularismes au nom d'une certaine légitimité, collective cette fois.

Le concept de droits des minorités et celui des droits collectifs sont très proches l'un de l'autre. Si le développement qui précède est centré sur le premier et pas sur le second, cela tient au contenu légal très imprécis de celui-ci, qui requiert surtout des précisions terminologiques que nous nous efforcerons maintenant de donner.

L'expression «*droits collectifs*» n'est pas un terme de l'art et il est assez significatif que ce soit à la fois dans le vocabulaire du philosophe politique qu'on la retrouve et non dans celui du juriste-technicien. La raison en est probablement que le qualificatif «*collectifs*» accolé au mot «*droits*» renvoie au fondement philosophique de ceux-ci beaucoup plus qu'à leur appartenance légale ou à leurs modalités judiciaires d'exercice. Certes il y a des droits qui sont collectifs en ce sens qu'ils appartiennent légalement à des groupes et que ce sont ces groupes qui peuvent les exercer judiciairement. Mais ce ne sont pas surtout ces traits techniques que l'expression «*droits collectifs*» veut mettre en relief; c'est bien plutôt le fait que ces droits, qui légalement peuvent appartenir à des individus ou à des groupes, tirent leur légitimité de l'existence et de la nécessité de reconnaître certaines réalités collectives, face à des intérêts individuels ou des intérêts d'autres collectivités. Ainsi d'une politique d'étatisation de certaines entreprises l'on pourra dire qu'elle «*collectivise*» le droit de propriété ou qu'elle crée des droits collectifs pour l'avantage de la société dans son ensemble en opposition à des avantages plus particuliers; c'est l'État ou une corporation publique qui en pareil cas devient titulaire de ces droits. Semblablement on pourra prétendre qu'un système d'enseignement public dans la langue d'une importante minorité est un droit collectif pour cette minorité, en tel sens que même si ce sont les individus membres de cette minorité qui en bénéficient, le droit n'en demeure pas moins collectif dans son fondement. Il procède de ce que nous avons

appelé de façon simplifiée la légitimité du nombre, et si ce sont des individus qui en sont investis, ils le sont parce que membres d'une collectivité méritant une reconnaissance particulière. On pourrait d'ailleurs tout aussi bien et de la même façon parler des droits collectifs de la majorité, voulant ici encore insister sur le fait que ces droits sont le reflet d'une réalité collective au sein de laquelle ils puisent leur fondement et leur légitimité.

Il faut encore remarquer qu'imprécise dans le vocabulaire du juriste, l'expression «*droits collectifs*» ne l'est pas moins dans celui du philosophe politique, son sens variant beaucoup suivant la nature de la collectivité en référence à laquelle on l'utilise et suivant le rôle qu'on attribue à cette collectivité. Le seul fait de définir la notion de droit collectif en l'opposant à la notion de droit individuel est à la vérité assez peu instructif sur le contenu véritable de cette notion. Car la collectivité dont il s'agit peut être une collectivité purement territoriale, la notion de droit collectif se rapprochant alors de l'idée de décentralisation, de démocratie locale⁽⁶²⁾, voire de fédéralisme. Ce peut être aussi une collectivité de nature professionnelle ou corporative, auquel cas l'insistance sur l'idée de droit collectif rejoint les doctrines du syndicalisme et même quoique de façon plus lointaine, la doctrine du corporatisme, doctrine suivant laquelle le milieu socio-politique est fait non pas d'intérêts individuels mais d'une «*pyramide de sociétés partielles*»⁽⁶³⁾, d'un tissu d'intérêts collectifs ou de groupes. Les droits collectifs peuvent être encore, cette fois dans la pensée des socialistes et des démocrates-sociaux, ceux de la société dans son ensemble qui institue l'État comme son procureur pour la cause de la liberté et de l'égalité des individus; ou pour la cause de la collectivité même, symbolisée par l'État, dans l'idéologie fasciste ou les doctrines totalitaires. C'est assez dire l'imprécision de cette notion, qui se retrouve dans trop de grands courants de la pensée politique pour être vraiment significative et de quelque utilité analytique, même au plan philosophique.

Dès lors on s'expliquera aisément pourquoi nous n'avons pas cru utile de consacrer un développement particulier à cette notion. Dans le contexte québécois actuel l'expression «*droits collectifs*» est le plus souvent employée en référence non pas à des collectivités territoriales ou professionnelles mais bien à des groupes ethniques et plus particulièrement au groupe anglophone du Québec. C'est un concept qui dans cette perspective n'ajoute rien au concept de droits des minorités.

(62) Sur ce point, voit notamment: FRIEDRICH (C.J.), *La démocratie constitutionnelle*, Bibliothèque de la Science politique, P.U.F., Paris, 1958, p. 205 (chapitre consacré à la philosophie de la démocratie locale).

(63) DUCLOS (P.), *L'évolution des rapports politiques depuis 1750*, Bibliothèque de la Science politique, P.U.F., Paris, 1950, p. 140.

En conclusion à ce développement consacré à la légitimité du nombre et à ses reflets dans la légalité constitutionnelle canadienne, rappelons que celle-ci paraît avoir fait une très large place à la règle de la majorité à la fois comme processus technique de décision à l'intérieur de chacun des deux ordres, fédéral et provincial, de gouvernement et comme manifestation d'une évolution politico-constitutionnelle globale devant conduire les collectivités provinciales à être tout à fait maîtresses chez elles et le pouvoir central, chez lui. Dans ce contexte les garanties constitutionnelles au profit des minorités, déjà relativement peu importantes dans les textes, le sont devenues moins encore dans l'application de ceux-ci; ni le pouvoir judiciaire ni le pouvoir politique fédéral n'ayant joué dans ce domaine le rôle que les constituants avaient attendu d'eux. Aussi n'est-il pas étonnant que le droit constitutionnel canadien, dans son état actuel, ne contienne aucune élaboration théorique importante sur un thème comme celui des droits des minorités. Peut-être l'évolution juridique actuelle en matière de droits de l'individu que concrétisent diverses lois sur les droits fondamentaux va-t-elle se transposer dans le champ des droits collectifs; on peut le croire mais cela n'est pas encore fait et rien n'interdit non plus de penser qu'au contraire cela ne se fera pas et que les droits de la minorité demeureront encore ce que la majorité souhaitera qu'ils soient.

S'il est vrai qu'en droit constitutionnel canadien la légalité du nombre fut primordialement une légalité majoritaire et que le concept de droits des minorités n'a jamais acquis de consistance constitutionnelle véritable, qu'en est-il de la légalité du temps, c'est-à-dire de ces droits que l'on nomme droits coutumiers et droits acquis?

B. Droits coutumiers et droits acquis

«The controversy between those who believe that law should essentially follow, not lead, and that it should do so slowly, in response to clearly formulated social sentiment and those who believe that the law should be a determined agent in the creation of new norms, is one of the recurrent themes of the history of legal thought»⁽⁶⁴⁾.

La citation qui précède montre assez bien à notre avis à la fois la richesse et la complexité de cette notion de droits coutumiers dont il sera brièvement question maintenant. Car cette loi qui suit et exprime le sentiment populaire et le besoin social, par opposition à celle qui les précède et les oriente, c'est sous le nom de coutume ou de loi coutumière qu'on la désigne habituellement. Avant toute analyse de type

(64) FRIEDMAN (W.), *Law in a Changing Society*, Stevens and Sons, Londres, 1959, p. 3.

plus technique la notion de coutume mérite que l'on rappelle le fait qu'elle est portée par une très longue école de pensée juridique, d'inspiration historique et sociologique, suivant laquelle le droit serait avant tout un ensemble de longues traditions d'origine collective, populaire et quasi instinctive. Conception qui est aux antipodes de celle, plus positiviste, d'un droit primordialement «*légiféré*» par des assemblées démocratiquement élues, dont le rôle serait bien plus de créer et d'inventer le droit que de le découvrir comme s'il était immanent. Pourtant entre le droit coutumier et le principe démocratique beaucoup de juristes ont trouvé une réconciliation, et l'on a souvent défini la coutume comme l'habitude profonde d'une société, y voyant une sorte de loi tacitement consentie tenue pour capable d'engendrer des règles juridiques positives «*puisque l'approbation tacite du législateur ferait toute la force du droit coutumier, comme sa volonté expresse fait (formellement du moins) celle de la loi*»⁽⁶⁵⁾. Et il est arrivé historiquement, si l'on en croit le professeur Carbonnier, que la coutume fut un bien meilleur reflet du sentiment populaire que la loi écrite :

«Politiquement, il est permis de se demander si le droit coutumier est compatible avec la démocratie? À première vue, l'affirmative paraît aller de soi: la coutume, n'est-ce pas le droit populaire? Et il est significatif que le régime censitaire du début du XIX^e siècle ait en droit civil dénié toute place à la coutume. Pour les juristes de cette époque, il n'y avait d'autre source du droit que la loi; c'est-à-dire que la règle de droit devait être le monopole de la bourgeoisie. La coutume, pourrait-on observer encore, est le meilleur des référendums, de la législation directe»⁽⁶⁶⁾.

On définit généralement la coutume comme un usage juridique ayant acquis un caractère obligatoire par la consécration du temps⁽⁶⁷⁾. Même dans le sens le plus populaire du mot se retrouve l'idée d'une acception spontanée et continue par un groupe social donné d'une façon de faire à laquelle il ne serait guère souhaitable de déroger et qui pour avoir longtemps duré en a acquis une légitimité méritant le respect. Ainsi il n'est pas étonnant que la coutume ait imprégné à ce point la mentalité médiévale, le système juridique du Moyen-Âge reposant, suivant l'expression de Marc Bloch, «*sur l'idée que ce qui a été a par là-même le droit d'être*». La coutume correspondant à un régime

(65) GENY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, p. 335. L'auteur qualifie cette idée, qui avait cours en particulier chez les jurisconsultes romains, d'explication rationaliste et subjective. Le fondement du droit coutumier serait ailleurs, particulièrement dans son enracinement social.

(66) CARBONNIER (J.), *Droit civil*, t. 1, P.U.F., Paris, 1967, p. 21.

(67) TIMBAL (P.), *Cours d'histoire du droit privé: la coutume, source du droit privé français*, Les cours de droit, Paris, 1958-59.

de pouvoir diffus et morcelé et à une philosophie en quelque sorte immanente du droit, la concentration du pouvoir dans le monarque absolu et plus encore dans l'institution politique à fondement démocratique, associée à l'avènement de l'idéologie du progrès, devait amener un déclin de son importance comme source de droit. La loi écrite prit sa place.

Au Canada comme dans beaucoup de pays, et plus particulièrement comme en France et en Angleterre, la coutume n'est plus une source vraiment importante de droit; à plus forte raison le droit coutumier proprement dit, c'est-à-dire ces règles coutumières qui non seulement nourrissent le droit positif mais en font elles-mêmes partie et peuvent être sanctionnées par les tribunaux, y devient-il de plus en plus inexistant⁽⁶⁸⁾. Tentons de mesurer la vérité de ces propositions en examinant brièvement la nature et la portée de la coutume et du droit coutumier dans le droit public du Québec.

La notion de coutume et de droit coutumier dans le système du droit public canadien et québécois doit être analysée en référence à cette même notion en droit anglais. À ce sujet il faut immédiatement observer qu'en droit anglais la notion de coutume («*custom*») paraît avoir acquis une signification relativement précise qui la différencie nettement des simples pratiques ou usages. En effet pour qu'une coutume ait force de loi et puisse être sanctionnée judiciairement il faut qu'elle réponde à un certain nombre de conditions assez précises auxquelles il a déjà été fait allusion⁽⁶⁹⁾, il faut surtout qu'elle ait un caractère immémorial, une loi anglaise toujours en vigueur ayant établi qu'une coutume immémoriale est une coutume qui existait ou dont on peut présumer qu'elle existait en 1189⁽⁷⁰⁾. C'est assez dire que la notion juridique anglaise de coutume est passablement stricte et ne se confond pas avec le sens populaire qu'on lui confère le plus souvent. Et si au surplus l'on s'accorde avec le professeur David pour dire que la *common law* comme système juridique est d'une nature essentiellement jurisprudentielle et non d'une nature coutumière, on en arrive vite à la conclusion que la coutume dans l'ensemble du droit anglais est loin d'avoir l'importance qu'on a l'habitude de lui accorder. Celui-ci écrit en effet:

«Le droit anglais n'est pas un droit coutumier. La coutume générale immémoriale du royaume, sur laquelle est dans la théorie fondée la common law, n'a jamais été qu'une simple fiction, destinée à écarter des juges le soupçon de juger de façon arbitraire. Le droit

(68) Voir: DAVID (R.), *Les grands systèmes de droit contemporain*, Paris, Dalloz, 3ième éd., 1969.

(69) ALLEN (C.K.), *op. cit.*, note 4.

(70) *Id.*, p. 133-4. Une coutume ancienne dont on ne peut prouver qu'elle a été enfreinte depuis 1189 devient ainsi présumée immémoriale.

était un droit essentiellement coutumier en Angleterre avant l'élaboration de la common law; la common law a pu emprunter certaines de ses règles aux coutumes locales variées qui étaient jadis en vigueur. Le processus même de constitution de la common law a consisté à élaborer un droit jurisprudentiel, fondé sur la raison, pour le mettre à la place du droit de l'époque anglo-saxonne, fondé sur la coutume»⁽⁷¹⁾.

Pourtant s'il est un secteur du droit anglais qui est encore aujourd'hui très largement nourri de coutumes c'est bien celui du droit constitutionnel qui est essentiellement dans ce pays le droit des institutions politiques et que justement l'on nomme traditionnellement «*The Law and Custom of the Constitution*». Il n'est nul besoin, croyons-nous, d'insister sur ce fait bien connu que le droit constitutionnel anglais et à un moindre degré quoique très largement encore le droit constitutionnel canadien sont faits de nombreuses conventions constitutionnelles qui ne seraient autre chose que les coutumes des institutions politiques et dont l'extrême importance pratique ne fait pas de doute⁽⁷²⁾. Ne serait-ce pas là un signe particulièrement révélateur de l'esprit même de notre droit public, qui serait de ce fait un droit faisant une large place aux traditions et aux usages, allant même jusqu'à les enraciner en quelque sorte dans la légalité?

Plusieurs remarques s'imposent relativement à la nature, au rôle et à la force des conventions constitutionnelles dans la légalité canadienne. On les définit traditionnellement comme les «*règles déterminant la façon dont les pouvoirs discrétionnaires de la Couronne ou des ministres comme serviteurs de la Couronne doivent être exercés*»⁽⁷³⁾, insistant sur le fait qu'il s'agit de règles qui, à la différence des simples usages ou des simples pratiques, sont obligatoires et perçues comme telles. Toutefois les tribunaux, tout en pouvant en prendre connaissance judiciaire, ne peuvent jamais les sanctionner⁽⁷⁴⁾. Mais ce qu'il faut immédiatement ob-

(71) DAVID (R.), *op. cit.*, note 66, p. 392. Rappelons qu'en droit anglais une coutume au sens strict du mot est nécessairement limitée dans son application, soit à certaines personnes ou à certains lieux; sans quoi elle n'est pas coutume mais *common law*. Voir: ALLEN (C.K.), *op. cit.*, note 4, p. 130.

(72) Le principe de la responsabilité ministérielle suivant lequel un gouvernement battu en chambre sur une question majeure doit démissionner ou demander une dissolution, l'obligation pour le Souverain de sanctionner tout projet de loi adopté par le parlement et d'agir suivant l'avis de ses ministres sont des exemples de règles de nature conventionnelle; c'est assez dire l'importance de celles-ci.

(73) DICEY (A.V.), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10^e éd., MacMillan, Londres, 1960, p. 422-3.

(74) L'exemple classique du droit constitutionnel canadien à ce sujet est tiré du jugement du Comité Judiciaire dans l'affaire *British Coal Corporation c. The King*, 1935 A.C. 500 où l'on a reconnu l'existence d'une convention constitutionnelle à l'effet que le Souverain donnait toujours effet à l'opinion du Comité, son refus de le faire, théoriquement possible, étant «*unknown and unthinkable*» (p. 511).

server à leur sujet, c'est que ce sont des règles qui opèrent essentiellement au niveau du fonctionnement interne et international des institutions politiques et qui ont peu à faire dans la gouvernance des rapports entre l'État et les individus ou les collectivités. À ce niveau comme nous le verrons ce sont les préceptes jurisprudentiels qui ont la première place et qui forment la substance de ce qu'on appelle le *rule of law* ou principe de légalité. Au reste l'absence de sanction judiciaire aux conventions constitutionnelles montre bien jusqu'à quel point les phénomènes qu'elles veulent régir sont d'une nature profondément politique et doivent à ce titre échapper aux pouvoirs du juge⁽⁷⁵⁾. Dès lors on se rend compte que si les conventions constitutionnelles peuvent être qualifiées de coutumes, il s'agit de coutumes d'une nature bien particulière, très limitées dans leur application. À coup sûr elles ne sont pas des coutumes au sens technique du droit anglais, peut-être pas même au sens populaire. Car certaines après tout se sont établies par entente⁽⁷⁶⁾, en sorte que le fondement du caractère obligatoire de la convention constitutionnelle serait moins son usage ou son utilisation répétée que le fait pour elle de n'être pas une loi et d'être obligatoire quand même parce que répondant aux nécessités logiques et politiques d'un certain système de gouvernement⁽⁷⁷⁾. La convention constitutionnelle est autant la manifestation d'une nécessité ou de ce que l'on croit en être une que de l'ancienneté d'une façon de faire.

Dans son ensemble le droit public canadien est un droit primordialement fait de lois et de jurisprudence. Le droit statutaire y règne en maître, aucune coutume, usage ou pratique ne peut lui être opposée et la doctrine de l'abrogation implicite de la loi par désuétude ou usage contraire n'y est pas reçue judiciairement⁽⁷⁸⁾, quoiqu'il en aille différemment au plan pratique comme en témoignent par exemple les nombreux articles du texte constitutionnel canadien qui sont aujourd'hui désuets. Ce n'est pas à dire qu'il n'y ait d'importantes interrelations entre les situations de fait ou les contextes politiques d'une part et le texte de loi ou même le texte constitutionnel d'autre part, et les exemples seraient nombreux d'évolutions socio-politiques s'étant reflétées de façon très nette dans l'interprétation constitutionnelle opérée par les tribunaux. Il est

(75) DICEY (A.V.), *op. cit.*, p. 417 et suivantes.

(76) *Id.*, p. clii.

(77) «... the creation of a convention must be due to the reason of the thing, because it accords with the prevailing political philosophy» (JENNINGS (I.), *The Law and the Constitution*, 3^e éd., Londres, 1943, p. 131). «Conventions being unable to rely on the law must rest on their general acceptability and on the infortunate consequences which are likely to ensue if they are disregarded» (DAWSON (R.M.), *The Government of Canada*, 4^e éd., University of Toronto Press, 1964, p. 72).

(78) BAUDOUIN (L.), *Les aspects généraux du droit public dans la province de Québec*, Dalloz, Paris, 1965, p. 169.

même arrivé que ceux-ci y fassent explicitement allusion dans la motivation des jugements qu'ils rendaient⁽⁷⁹⁾. Mais ce qu'il s'agit de mettre en relief ici c'est le fait qu'en droit public canadien la loi est source première de droit, qu'elle est toujours présumée valide au plan constitutionnel sans même par ailleurs que son ancienneté ne constitue un gage de sa validité⁽⁸⁰⁾; c'est au niveau de son interprétation que les coutumes, usages et pratiques peuvent jouer un rôle important quoique probablement secondaire par rapport aux précédents jurisprudentiels. De cela tentons de voir certaines manifestations à partir desquelles il sera possible, croyons-nous, de tirer quelques leçons.

Assez curieusement à première vue certaines décisions judiciaires que nous avons analysées antérieurement, lors de l'étude du concept de droits des minorités, apparaissent à nouveau pertinentes à notre présent propos. On se souviendra en effet que dans l'affaire *Mahe c. Town of Portland*⁽⁸¹⁾ le Comité Judiciaire, rendant un jugement dans le même sens que celui rendu dans cette même affaire par la Cour Suprême du Nouveau-Brunswick⁽⁸²⁾, avait décidé que les garanties confessionnelles accordées par l'article 93 *A.A.N.B.* ne pouvaient bénéficier aux catholiques du Nouveau-Brunswick à l'encontre d'une loi de 1871 de cette même province établissant un système d'écoles publiques laïques. Le motif du jugement tint essentiellement à ce que ce n'était pas la loi mais bien une simple habitude qui faisait qu'en 1867 on enseignait la religion catholique aux écoles publiques des districts où la population de cette croyance était majoritaire. L'article 93 *A.A.N.B.* garantissant les droits ou privilèges conférés *par la loi* en 1867, les catholiques ne pouvaient par conséquent prétendre avoir un droit constitutionnel de continuer de le faire. Jugement qui causa un émoi politique très grand mais qui pouvait probablement se défendre si l'on tient compte à la fois des textes et d'un contexte historique nous montrant qu'en 1867 l'article 93 *A.A.N.B.* visait primordialement la situation scolaire du Québec et de l'Ontario. Il est quand même intéressant de remarquer l'insistance des

(79) Ainsi par exemple dans l'avis consultatif *A.G. Ontario c. A.G. Canada*, 1947 A.C. 127, le Comité Judiciaire a pris en considération le fait que le Canada était devenu un pays indépendant et pleinement souverain pour permettre au parlement central d'abolir toute possibilité d'appel devant lui et pour instituer la Cour Suprême du Canada comme tribunal de dernière instance, même en matières civiles. L'empêcher de le faire aurait été à son dire peu conforme à la philosophie politique d'indépendance prévalant au sein du Commonwealth (p. 153-4).

(80) «It is always with reluctance that their Lordships come to a conclusion adverse to the constitutional validity of any Canadian statute that has been before the public for years as having been validly enacted, but the duty incumbent on the Judicial Committee... is simply to interpret the British North America Act» (*Toronto Electric Commissioners c. Snider*, 1925 A.C. 396, à la page 400.)

(81) *Supra*, note 26.

(82) *Supra*, note 25.

deux tribunaux ayant rendu jugement à montrer qu'on n'avait pu souhaiter en 1867 constitutionnaliser ce qui n'était en réalité qu'une simple habitude ou tolérance à laquelle aucun texte de loi n'apportait sa sanction⁽⁸³⁾. Et l'on serait tenté de tirer tout de suite de cette simple affaire la leçon qu'on ne saurait envisager aisément qu'un texte constitutionnel puisse garantir ce qui n'est que simple usage coutumier au sens large de l'expression. Car de nature un texte constitutionnel est fait pour durer longtemps, et il n'est pas dans la logique des choses qu'il vienne figer ce qui au contraire s'avère mouvant et mal circonscrit.

Quoi qu'il en soit cette affaire on le sait fut suivie quelques années plus tard d'une autre où beaucoup plus clairement encore prévalut une interprétation singulièrement restrictive d'une loi constitutionnelle qui cette fois faisait une référence expresse à certains usages scolaires et en consacrait constitutionnellement l'existence⁽⁸⁴⁾. Bien évidemment la coutume que l'on entendit préserver lors de l'adoption de l'*Acte du Manitoba* en 1870 n'avait rien d'une coutume au sens technique du mot comme l'a fait observer le Comité Judiciaire⁽⁸⁵⁾. Au reste l'expression anglaise utilisée était celle de «*practice*». Mais il n'en demeure pas moins qu'en 1890 l'enseignement de la foi catholique à l'école était pour les gens de cette croyance un usage fort bien établi, d'autant que depuis vingt ans les écoles confessionnelles recevaient le soutien des fonds publics. À coup sûr il y a des explications historiques bien connues à la décision gouvernementale de déconfessionnaliser l'école publique, explications que le Comité Judiciaire en rendant sa décision ne devait pas ignorer. Signalons seulement que depuis la création de la province la composition ethnique et religieuse de la population avait beaucoup changé et que la majorité anglophone s'était beaucoup accrue par l'affluence d'immigrants protestants anglophones venant en particulier d'Ontario. Mais sans même qu'il soit nécessaire de porter de jugement de valeur sur la mesure même, on peut certainement observer que le jugement qui l'a validée montre aussi peu de considération pour ce que nous avons appelé la légitimité du temps que pour celle du nombre. Au-delà de tout conflit de races et de cette philosophie de l'Empire sur laquelle tout a été écrit, la décision du Comité Judiciaire reflète une résistance certaine à laisser des usages prévaloir sur la loi écrite, et cela même si en l'occurrence une disposition constitutionnelle

(83) «We must look to the Law as it was at the time of the Union, and by that, and that alone, be governed», écrit le juge Ritchie de la Cour Suprême du Nouveau-Brunswick (note 25, à la page 285), insistant sur le fait qu'un droit n'existe que lorsqu'on peut le faire reconnaître judiciairement. Le Comité Judiciaire a parlé pour sa part de situation accidentelle due à la composition de la population et qui aurait pu changer n'importe quand (note 26, à la page 367).

(84) Voir *supra* nos développements concernant l'affaire *City of Winnipeg c. Barrett* (note 27) et la crise scolaire manitobaine de la fin du siècle dernier.

(85) Note 27, à la page 453.

elle aussi écrite, ayant évidemment rang supérieur à celui de la loi, en garantissait le maintien. En lui-même et abstraction faite des motivations politiques qui ont pu le sous-tendre et des réprobations elles aussi politiques qu'il a suscitées, un tel jugement consacre la suprématie, d'inspiration positiviste, de la loi comme expression récente de la volonté de la majorité sur des usages qui ne lui seraient plus conformes et qui tiendraient du passé. Le maintien de l'école confessionnelle, peut-on lire dans le jugement du Comité Judiciaire, aurait pu empêcher le Manitoba d'instituer un véritable système public d'éducation⁽⁸⁶⁾. Que cela ait été vrai ou faux ne change rien au fait que dans l'esprit du Comité les besoins récents et nouveaux, exprimés dans une loi manifestant le souhait de la majorité, prévalurent sur des garanties constitutionnelles de vingt ans antérieures qu'indiscutablement l'on interpréta de façon à diminuer de beaucoup leur substance. Certes il faut convenir que le jugement du Comité Judiciaire n'est pas dépourvu de toute logique en tel sens que l'école confessionnelle du Manitoba ne recevait pas de soutien des fonds publics en 1870 et ne commença d'en recevoir que l'année suivante; on en conclut donc que ce n'est pas ce soutien qui fut constitutionnellement garanti mais bien le simple droit de conserver l'école confessionnelle privée. Argumentation de froide logique positive une fois de plus, mais qui péchait au moins sur deux points: elle ramenait la garantie à ce qu'au jugement l'on reconnaît être un simple droit naturel, droit naturel dont l'exercice entraînait d'ailleurs un double fardeau financier pour le contribuable, elle ignorait surtout une tradition de vingt ans au cours de laquelle l'école confessionnelle avait été soutenue par des fonds publics et qui ne pouvait plus continuer à l'être.

Il y a plus qu'une simple coïncidence dans le fait que la notion de droits des minorités et la notion de droits coutumiers entendus dans un sens large s'associent fort bien et qu'à notre avis la jurisprudence pertinente à l'étude de l'une ne soit pas sans rapport non plus avec l'autre. Les usages ou coutumes, parce que portant une large part de spontanéité, reflètent inmanquablement la diversité des groupes sociaux, et c'est tout naturellement qu'à ce titre ils font leur place aux droits des minorités. Il en est allé souvent différemment des lois écrites et des réformes législatives⁽⁸⁷⁾; partant d'un pouvoir concentré, à légitimité démocratique et majoritaire, elles ont plusieurs fois reflété l'uniformité «fonctionnelle» et toute l'histoire de France depuis la Révolution pourrait servir à le montrer. Dans cette perspective l'on ne s'étonnera pas que le droit public canadien contienne aussi peu de développements philosophico-juridiques sur les notions de droits coutumiers ou d'usages sociaux que sur la notion

(86) Note 33.

(87) Notons que le fameux règlement 17 d'Ontario vint à la suite d'un regain d'intérêt du pouvoir provincial pour la réforme scolaire et du dépôt du rapport Merchant en 1912.

de droits des minorités, et une large part des remarques faites précédemment à propos de celle-ci vaudrait aussi pour celles-là. Certes il est arrivé que la jurisprudence constitutionnelle canadienne fasse référence à des phénomènes de type sociologique ou politique, et l'on en aurait des exemples dans les affaires *Birks c. City of Montreal*⁽⁸⁸⁾ et *Switzman c. Elbling*⁽⁸⁹⁾ où l'on rappelle, dans la première, le caractère majoritairement catholique du Québec, et dans la seconde, la longue tradition de libéralisme politique au Canada. Mais cela ne suffit pas à faire conclure que la légalité constitutionnelle canadienne ait véritablement consacré des traditions sociales, au-delà de cette continuité et de cet instinct de conservation naturels et communs à la plupart des systèmes de droit.

C'est encore dans le fonctionnement des institutions politiques proprement dites que ce qu'il y a de coutumier dans le droit public canadien s'accuse le plus fortement. Dans les autres secteurs il est un droit primordialement législatif et jurisprudentiel, marqué au plus haut point par la double influence de la souveraineté parlementaire et d'une interprétation judiciaire abstraite, conceptuelle et fort éloignée de toute sociologie⁽⁹⁰⁾.

Pourtant le présent tableau serait bien mal dépeint si l'on omettait d'insister ici sur cet important corps de principes que l'on appelle le *rule of law*⁽⁹¹⁾ et qui, partie intégrante de notre droit public, sert à interpréter les lois du pays. Le *rule of law* ou principe de légalité, c'est formellement la nécessaire subordination des règles et actes juridiques infra-législatifs aux lois qui leur donnent naissance; c'est aussi, non plus au plan de la forme mais au plan de la substance, le respect de certains principes fondamentaux auxquels il faut le remarquer un parlement souverain peut toujours déroger pourvu qu'il le fasse très expressément, sans quoi l'on présumera qu'il a entendu les respecter et l'on interprétera ses lois comme leur étant conformes.

Parmi ces principes du *rule of law* mentionnons à titre d'exemples celui de la non-rétroactivité des lois sur lequel nous reviendrons dans un développement subséquent, celui voulant qu'un pouvoir discrétionnaire donné à un officier public ne soit pas synonyme de pouvoir arbitraire et qu'il doive être exercé conformément aux finalités générales de la

(88) 1955 R.C.S. 799.

(89) 1957 R.C.S. 285.

(90) Sur les caractéristiques de l'interprétation constitutionnelle au Canada, voir notamment notre essai: *Étude juridique du partage des compétences dans le fédéralisme canadien*, cours de droit constitutionnel canadien, La Librairie des Presses de l'Université de Montréal, 1971, p. 35 et suivantes.

(91) Voir notamment sur le *rule of Law*: DICHY (A.V.), *op. cit.*, note 75, p. 183 et suivantes.

loi qui l'accorde⁽⁹²⁾, la règle *Audi alteram partem*⁽⁹³⁾, la nécessité d'indemniser celui dont on exproprie la propriété, etc. Trois remarques s'imposent au sujet de ces principes. La première, c'est que ces principes sont des règles d'interprétation des lois et autres règles et actes juridiques infralégislatifs; l'on reconnaît par conséquent qu'une loi puisse y déroger ou permettre à un pouvoir délégué de le faire pourvu qu'elle le dise expressément. C'est ainsi par exemple que dans la célèbre affaire *L'Alliance des professeurs catholiques de Montréal c. La Commission des relations ouvrières de Québec* le juge Rinfret de la Cour Suprême du Canada, constatant qu'une matière comme celle de la reconnaissance syndicale et de la perte de cette reconnaissance était une matière quasi-judiciaire, en a tout de suite conclu que la Commission des relations ouvrières devait respecter la règle *Audi alteram partem* avant d'y procéder, et cela même si la loi n'imposait pas expressément cette façon de faire. Pour que là Commission ait pu en être exemptée il aurait fallu, observe le juge, que la loi le stipule expressément⁽⁹⁴⁾, ce qu'il aurait été possible de faire de la même façon qu'il est possible à un parlement au Canada d'exproprier sans indemniser⁽⁹⁵⁾ ou d'adopter les lois rétroactives. Comme l'écrit Allen:

«Whether or not Parliament chooses to legislate retroactively is therefore a question not of the validity of statute law, but of policy and statesmanship; and consequently the only de facto restraints which exist upon the kind of law are those which apply to all legislation — namely, wise government and public opinion»⁽⁹⁶⁾.

Pourtant, et ce sera notre deuxième remarque, on minimiserait l'importance et la portée des principes du *rule of law* en insistant exagérément sur le fait qu'ils n'ont pas formellement de valeur constitutionnelle et qu'on peut y déroger à condition de le faire expressément. Dans l'esprit du droit anglais et dans l'esprit du droit public canadien ces principes prennent une telle place et imprègnent à ce point l'ensemble de la légalité qu'il faut leur accorder une valeur constitutionnelle véritable, et cela même si les tribunaux ne pourraient rien contre une loi qui sans raison ne les respecterait pas. L'Angleterre, faut-il le

(92) *Roncarelli c. Duplessis*, 1959 R.C.S. 121. On a jugé dans cette célèbre affaire qu'un officier public investi d'un pouvoir discrétionnaire en matière de cancellation de permis de vente d'alcool ne pouvait légalement exercer ce pouvoir contre un détenteur de permis au motif que ce dernier cautionnait pour des témoins de Jéhovah.

(93) *L'Alliance des professeurs catholiques de Montréal c. La Commission des relations ouvrières de Québec*, 1953, 2 R.C.S. 140.

(94) *Id.*, p. 154.

(95) L'article 407 du Code civil du Québec édicte: «Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité.» Rien n'en empêcherait l'abrogation.

(96) ALLEN (C.K.), *op. cit.*, note 4, p. 466.

rappeler, n'a pas de constitution formelle et à la différence du Canada le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois n'y existe évidemment pas. La souveraineté du parlement est censée s'y exercer dans le sens du *rule of law*; il en va de même sur ce point en droit public canadien. Les principes du *rule of law* sont, pourrait-on dire, les conventions constitutionnelles des rapports entre la puissance législative et les citoyens ou les collectivités.

Insistons sur un troisième point. Le *rule of law* n'est pas un droit coutumier. Il est un droit jurisprudentiel consacrant certains principes de justice naturelle lentement dégagés par les cours de justice dans leurs décisions. Au surplus aucun de ces principes n'a pour effet d'accorder quelque vertu particulière aux lois anciennes ou aux usages établis. Et si, comme nous le verrons, on doit au nom de l'un d'eux condamner les lois rétroactives et sauvegarder face à la loi nouvelle l'existence de ce que l'on appelle les droits acquis, cela n'a rien à voir avec l'ancienneté des droits ou des situations existantes non plus qu'avec la légitimité que le temps ou l'habitude aurait pu leur conférer. L'examen de cette notion de droits acquis et du principe de la non-rétroactivité des lois que nous entreprenons nous le montrera clairement.

Le principe de la non-rétroactivité des lois et celui du maintien des droits acquis tiennent au départ à une idée fort simple que résume bien la citation suivante du juriste Mourlon:

«Si la loi réglait le passé, si un droit légitimement acquis pouvait être ravi, si un acte accompli alors qu'il était licite pouvait être ensuite puni, il n'y aurait plus ni liberté civile, ni sécurité; la vie, la fortune et l'honneur des citoyens privés de toute garantie seraient éternellement en question; la société ne serait plus possible»⁽⁹⁷⁾.

Idée fort simple que celle suivant laquelle la loi ne doit disposer que pour l'avenir. Toutefois les nécessités juridiques la compliquent immédiatement, et d'une double façon. D'une part en effet n'est-il pas utile et équitable que le législateur adopte parfois des lois à portée rétroactive pour couvrir par exemple de vieilles irrégularités procédurales, inconnues de tout le monde depuis toujours, et pouvant faire que des couples mariés depuis longtemps ne l'aient jamais été aux yeux de la loi, ou que des députés de bonne foi aient illégalement siégé dans un parlement⁽⁹⁸⁾? Plus proche de nous encore, n'a-t-on pas vu à la suite du deuxième conflit mondial des criminels de guerre condamnés en vertu de lois adoptées postérieurement à la commission de leurs crimes? procédé qui n'a pourtant soulevé qu'assez peu de protestations dans l'opinion inter-

(97) MOURLON, dans MIGNAULT (P.-B.), *Le droit civil canadien basé sur les Répétitions écrites sur le Code civil de F. Mourlon*, Montréal, 1895, t. 1, p. 66.

(98) Sur ces exemples, voir ALLEN (C.K.), *op. cit.*, note 4, p. 468.

nationale vu le fait que les crimes ainsi punis auraient violé la morale naturelle même, dont les commandements prévalaient certes à l'époque de cette commission⁽⁹⁹⁾. Ainsi il apparaît que le principe voulant que la loi nouvelle ne dispose pas pour le passé n'est pas d'application absolument rigoureuse et sans doute y a-t-il quelque raison à ce qu'il ne le soit pas.

Inversement ce même principe, voulant que la loi nouvelle ne dispose que pour l'avenir, irait-il jusqu'à faire que toutes les situations et tous les rapports juridiques établis sous l'empire de la loi ancienne, sans être aucunement bouleversés pour le passé, soient désormais régis par la loi nouvelle? La question se pose notamment pour les contrats en cours d'exécution, conclus sous l'autorité et en considération d'une loi entre-temps abrogée et remplacée par une autre. Faut-il considérer cette dernière comme leur étant immédiatement et à tous égards applicable, ne faut-il pas plutôt mettre une certaine limite à cette application, limite tracée justement par ce qu'on appelle le plus souvent les droits acquis?

Ainsi l'on se rend compte que le principe de non-rétroactivité des lois et celui du maintien des droits acquis posent des problèmes à la fois d'éthique et de technique juridiques qui sont absolument universels et auxquels fait face n'importe quel système de droit du monde. Ils tiennent de la simple nécessité, présente dans tous les secteurs du droit, de poser la marque entre le domaine d'application de la loi ancienne et celui de la loi nouvelle, c'est-à-dire de résoudre ce que l'on a appelé fort justement des conflits de lois dans le temps⁽¹⁰⁰⁾. Dans cette perspective l'on ne s'étonnera pas que l'analyse que nous soumettons ici soit forcément une analyse extrêmement sommaire, qui n'a du reste d'autre but que de donner une certaine idée de l'ampleur de la question.

Avant toute chose rappelons que la notion de droits acquis constitue un essai de rationalisation ou de théorie en vue de l'établissement d'un critère de délimitation du domaine de la loi ancienne par rapport à celui de la loi nouvelle. Rationalisation à la vérité fort imparfaite et dont l'appellation même n'a pas été exempte de critique. Car pour certains parler de droits acquis serait un non-sens, l'expression faisant croire qu'il y a des droits qui ne sont pas acquis; celle-ci n'aurait par conséquent pour but que d'indiquer que dans l'ordre chronologique le droit

(99) On fait évidemment référence ici aux procès des criminels de guerre de même qu'au procès d'Adolf Eichmann condamné à mort par un tribunal d'Israël sous l'autorité d'une loi de ce pays postérieure à la commission de ses actes. Voir: DONNEDIEU DE VABRES (H.), *Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international*, Académie de droit international, recueil des cours, 1947, t. I, p. 431; GREEN (L.), *Aspects juridiques du procès Eichmann*, Annuaire français de droit international, 1963, p. 150.

(100) C'est là le sous-titre du grand ouvrage du juriste français Paul Roubier, le titre en étant *Le droit transitoire*. Voir *supra*, note 5.

en question existait en vertu de la loi ancienne au moment de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle et qu'à ce titre il échapperait à l'empire de celle-ci et demeurerait régi par celle-là⁽¹⁰¹⁾.

Dans les systèmes de droit moderne il semble bien admis que la loi nouvelle n'affecte pas et ne doit pas affecter les droits constitués antérieurement à sa venue, ceux-ci continuant d'être gouvernés par la loi ancienne. Il est néanmoins intéressant de constater que ce principe n'a pas toujours été aussi clairement accepté qu'il l'est aujourd'hui. C'est ainsi que le droit canonique du Moyen-Âge semble avoir été parfois dominé par l'idée d'une rigoureuse rétroactivité tenant au caractère divin de ce droit dont certaines prescriptions devaient avoir existé de toute éternité parce que déclaratives de la volonté de Dieu⁽¹⁰²⁾. L'idée d'une rétroactivité rigoureuse n'est pas non plus totalement absente de notre droit, et notamment au chapitre des effets du jugement d'inconstitutionnalité. Ce jugement étant logiquement déclaratif de droit en tel sens que la loi inconstitutionnelle est une loi qui n'aurait jamais existé et serait nulle *ab initio*, on a parfois prétendu qu'il devait rétroagir à la date de l'adoption de la loi déclarée invalide⁽¹⁰³⁾. Bien que le droit constitutionnel canadien, fait remarquable, ne contienne aucune analyse en profondeur de cette question, il faut toutefois tenir à notre avis qu'il s'agit là d'un autre domaine où la question des droits acquis doit entrer en ligne de compte, et l'on ne voit pas comment, même d'un simple point de vue pratique, une loi vieille de vingt ans et ayant donné naissance à de multiples droits et situations juridiques pourrait être d'un coup anéantie rétroactivement par un jugement d'inconstitutionnalité⁽¹⁰⁴⁾.

En droit moderne la difficulté que pose le conflit de lois dans le temps ne réside pas dans l'acceptation du principe à l'effet que si un droit est acquis sous la loi antérieure lors de la venue de la loi postérieure il continue d'être régi par celle-là et devient opposable à celle-ci. Elle réside plutôt dans la détermination même de ce qu'est un droit acquis. Quelques exemples le feront bien voir.

(101) HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris, 1892, n° 59 et suivantes.

(102) ROUBIER (P.), *op. cit.*, note 5, p. 45 et suivantes.

(103) C'est du moins ce que l'on peut déduire d'une brève remarque de Lord Blansburgh, siégeant au Comité Judiciaire dans l'affaire *Martineau c. City of Montreal*, 1931 A.C. 113 (aux pages 127-8). Statuant en faveur de la validité constitutionnelle d'une loi provinciale ancienne en matière d'expropriation il souligna que beaucoup de titres de propriété avaient été constitués sous son autorité, titres qu'un jugement d'inconstitutionnalité de cette loi aurait eu la fâcheuse conséquence de venir remettre en question.

(104) L'effet du jugement d'inconstitutionnalité est une question qui a été beaucoup approfondie en droit constitutionnel américain et sur laquelle curieusement la jurisprudence et la doctrine constitutionnelles canadiennes sont à peu près totalement silencieuses. Les solutions qu'on y apporte sont d'un type fonctionnel et dépendent de chaque cas particulier. Voir notamment: CRAWFORD (E.T.), *The Legislative States of an Unconstitutional Statute*, 1951, 49 Michigan Law Review, p. 645; CURRIER (T.S.), *Time and Change in Judge-Made Law: Prospective Over-ruling*, 1965, 51 U.L. Rev., 1168.

Un citoyen aurait-il hérité il y a dix ans d'un parent en vertu des règles du droit successoral en vigueur à cette époque, on ne concevrait pas qu'une loi, sans être carrément rétroactive, vienne aujourd'hui modifier ce droit de façon à lui retirer les biens qu'il aurait reçus. Son droit lui serait bien évidemment acquis et même transmissible à ses héritiers, cela depuis le moment où la succession à laquelle il était appelé a été ouverte. Il en irait différemment si la modification législative des règles de fond du droit successoral était intervenue antérieurement à la mort du parent en question dans le cas d'une succession *ab intestat*, ou entre le moment de la rédaction du testament et celui du décès du testateur dans le cas d'une succession testamentaire; le légataire appréhendé n'ayant à ces moments que de simples espérances d'hériter, on considère que son droit ne lui serait pas acquis et qu'il pourrait par conséquent le perdre par l'application de la loi nouvelle⁽¹⁰⁵⁾. Ainsi d'une prescription non encore acquise en vertu de la loi antérieure; si par la loi nouvelle le délai en cours pour prescrire est allongé, la prescription ne sera acquise qu'à l'expiration du nouveau délai, compte tenu du délai déjà couru, en raison de ce que la loi ancienne n'avait pas encore complété son effet quand vint la nouvelle et que, comme en matière de succession, celui qui prescrit n'a rien d'autre que des espoirs jusqu'au moment où le délai pour y arriver est complètement écoulé⁽¹⁰⁶⁾. Il est donc aisé de se rendre compte qu'un droit acquis doit être un droit né et constitué, et c'est en ce sens qu'on l'oppose à la notion de simple intérêt ou de simple expectative.

Pourtant à elle seule cette condition bien souvent ne suffit pas et il faudra encore qu'il s'agisse d'un droit qui se soit manifesté et particularisé au plan de son exercice. Ainsi l'on peut se demander si à elles seules les lois sur l'état et la capacité des personnes confèrent des droits acquis à quiconque a pu être régi par elles. Il faut répondre négativement; car si elles en conféraient une loi nouvelle modifiant par exemple les droits de puissance paternelle non seulement laisserait intacts, comme c'est le cas, les actes juridiques antérieurement posés en vertu de cette puissance, mais ne pourrait en empêcher la répétition future par tous ceux qui auraient déjà été investis de cette puissance sous la loi ancienne, ce qui serait inadmissible et réduirait singulièrement toute possibilité de progrès législatifs. *«Les lois sur la capacité et l'état des personnes ne constituent pas des droits acquis; ce sont des situations légales; elles ne peuvent régner sans partage dans l'avenir; les lois nouvelles qui les*

(105) ROUBIER (P.), *op. cit.*, note 5, p. 187. Ainsi une loi interdisant les legs testamentaires au concubin s'appliquerait aux testaments déjà faits, pourvu que la succession ne soit pas ouverte. Toutefois on reconnaît que pour ce qui est de la forme des testaments c'est la loi du jour de leur rédaction qui continue de s'appliquer.

(106) BAUDOUIN (L.), *op. cit.*, note 78, p. 204-5. Cet ouvrage contient un intéressant chapitre (chapitre 4) sur «l'empire de la loi dans le temps».

concernent devront s'appliquer immédiatement»⁽¹⁰⁷⁾. De la même façon une loi nouvelle vient-elle restreindre la capacité juridique de la femme mariée, c'est autant à celle qui l'est déjà qu'à la future épouse qu'elle s'appliquera pour ses actes futurs car les lois gouvernant des capacités sont en quelque sorte trop larges et trop potentielles dans leur contenu pour constituer en elles-mêmes des droits acquis. En sorte que ce n'est pas tous les droits potentiels mais bien seulement les exercices spécifiques qu'elle aura permis avant la venue de la loi nouvelle que l'ancienne loi pourra continuer de gouverner.

Il n'en va pas différemment en matière de droit réel de propriété. Car si c'était à ce droit même, au lieu d'être à ses exercices spécifiques, que la théorie des droits acquis pouvait être appliquée, on en arriverait par exemple à garantir à l'individu ayant acquis un immeuble en pleine propriété à un moment où aucune réglementation n'en limitait l'usage le droit d'en user pour toujours à sa guise, à l'encontre de toute restriction adoptée postérieurement au moment de la constitution de son droit. Or très clairement il n'en va pas ainsi⁽¹⁰⁸⁾. Aura un droit acquis à faire un certain usage de son terrain ou de son immeuble, à l'encontre par exemple d'un nouveau règlement municipal de zonage, celui qui, au moment de l'adoption de ce règlement, en faisait déjà un tel usage, pourvu que cet usage ait été conforme à coup sûr à l'ancienne réglementation. La notion de droit acquis connote par conséquent l'idée d'un exercice effectif de la faculté légale. Ainsi celui qui a acheté un terrain dans l'intention d'y exploiter un commerce, à une époque où il était possible de le faire en obtenant un permis, n'aura certes pas un droit acquis à ne donner suite à son projet que postérieurement, à l'encontre d'une réglementation nouvelle l'interdisant, et il faudra à tout le moins qu'au moment de l'entrée en vigueur de celle-ci le permis ait déjà été obtenu et les plans définitifs approuvés⁽¹⁰⁹⁾ ou encore que les travaux de construction et d'installation aient déjà débuté. Et dans le cas d'une exploitation commerciale depuis longtemps commencée, celle-ci devra avoir été poursuivie de façon continue, et c'est elle seule et non pas une autre d'un type différent dont la théorie des droits acquis garantira le maintien⁽¹¹⁰⁾.

(107) *Id.*, p. 203.

(108) PIGEON (L.-P.), *Rédaction et interprétation des lois*, 1965, p. 47.

(109) *City of Toronto Corporation c. Trustees of the Roman Catholic Separate Schools of Toronto* 1926 A.C. 81. Il est vrai que le Comité Judiciaire dans cette affaire n'a fait qu'appliquer une disposition statutaire édictant qu'il y avait droit acquis si les plans de construction avaient été approuvés. Comme en l'occurrence ils n'avaient été que déposés et pas encore approuvés, il a conclu qu'il n'y avait pas droit acquis. Voir aussi notamment: *Petrofina c. Cité de St-Lambert*, 1959 R.C.S. 453.

(110) PIGEON (L.-P.), *op. cit.*, p. 48. *Sillery c. Sun Oil*, 1964 R.C.S. 552; *Savoie c. Ville St-Léonard*, 1964 C.S. 283. En matière de construction la théorie des droits acquis couvre évidemment le droit de réparer des immeubles déjà érigés; voir: *Affaire City of Toronto*,

Dès lors on se rend compte que le concept de droit acquis se réfère à un droit qui soit non seulement, comme celui de l'héritier, un droit complet et bien constitué au plan de la technique juridique, mais bien souvent aussi à un droit ayant reçu une certaine particularisation par son exercice et qui n'ait pas une trop grande étendue ou une trop grande généralité. Et si l'on tentait de systématiser les remarques qui précèdent on pourrait suggérer que la meilleure façon de déterminer la ligne de partage entre le domaine d'application de la loi ancienne et celui de la loi nouvelle consiste peut-être à analyser et qualifier la nature de ces lois en regard de chaque cas particulier. Ainsi une loi nouvelle changeant les modes de transfert du droit de propriété serait inopposable aux droits de propriété qui dans le temps seraient déjà transférés; ceux-ci, à peine de rétroactivité de la loi nouvelle, continueraient d'être régis quant au transfert par l'ancienne, cette dernière ayant complété les effets que par sa nature elle était appelée à produire. S'agissant cette fois de lois portant non plus sur un effet juridique instantané mais sur une situation juridique continue, à effets successifs, et réglementant par exemple certains usages du droit de propriété, la loi ancienne gouvernerait les usages déjà commencés et la nouvelle, ceux à venir; l'objet d'une loi étant fractionné dans le temps, il n'est pas anormal qu'on la fractionne aussi dans son application. De la même façon une loi qui poserait pour la première fois que le mariage comporte émancipation serait dans sa nature non pas une loi sur le mariage mais bien une loi sur l'état d'époux; on trouvera par conséquent normal qu'elle ait pour effet d'émanciper non seulement les futurs époux mais aussi tous ceux déjà mariés pour leurs actes futurs. Il en irait différemment d'une loi sur les causes de nullité de mariage; sans être rétroactive elle ne saurait s'appliquer aux mariages déjà conclus.

Les remarques qui précèdent suffisent à notre avis à montrer que la notion de droits acquis en est une de caractère technique et d'application générale à tous les secteurs du droit. On en retiendra pour les fins de notre propos qu'elle commande une interprétation restrictive du simple fait que la survie de la loi ancienne face à la loi nouvelle ne saurait être admise de façon généralisée au sein d'un système de droit sans compromettre fâcheusement la sûreté et l'égalité qu'il peut comporter. D'où la tendance à la déclarer inapplicable à des états juridiques ou à des situations juridiques continues et à fractionner ceux-ci de façon à n'en consacrer que les exercices spécifiques passés ou ceux en cours d'exécution. On se rappellera cependant qu'à l'encontre de ces

Corporation, *supra*, note 109. Par ailleurs on n'a jamais de droits acquis à l'encontre de la loi et par l'effet d'une tolérance (*Bertrand c. Ville de Montréal*, 1960 B.R. 1013; *Ville de Montréal c. Dame Coates*, 1966 R.L. 57), non plus qu'à l'encontre de certaines prescriptions d'ordre public, en matière d'hygiène et de santé par exemple (*Richstones Bakeries c. Carroll*, 1964 R.P. 363).

derniers la loi nouvelle ne peut rien à moins d'être rétroactive: et quoique le législateur puisse toujours, même en matière pénale, lui conférer ce caractère, il devra le faire expressément sans quoi les tribunaux présumeront qu'elle ne l'a pas.

«It is chiefly where the enactment would prejudicially affect vested rights, or the legality of past transactions, or impair contracts, that the rule in question prevails. Every statute, it has been said, which takes away or impairs vested rights acquired under existing laws, or creates a new obligation, or imposes a new duty, or attaches a new disability in respect of transactions or considerations already past, must be presumed, out of respect to the legislature, to be intended not to have a retrospective operation»⁽¹¹¹⁾.

De même il est bien clair que la notion de droits acquis est comme telle sans rapport avec l'ancienneté ou le caractère traditionnel pourrait-on dire des droits dont il peut s'agir; à ce titre il faut se garder de la confondre avec la notion de droits coutumiers entendus au sens populaire de l'expression. Un droit est un droit acquis non pas du fait qu'il est très ancien mais tout simplement parce qu'il existait, bien constitué, et complet, au moment où la loi qui le fondait a été remplacée par la loi nouvelle. Certes on observera avec beaucoup de raison que plus un droit est ancien plus il a de chances d'être complet, bien constitué et de s'être exercé souvent. En pareille occurrence on prendra garde cependant d'oublier que la théorie des droits acquis, comme nous l'avons constaté, invite à fractionner les droits d'existence continue selon leurs exercices successifs de façon à éviter de figer pour toujours des états de droit. Dans son ensemble ce mécanisme des droits acquis constitue un correctif à toute mesure qui pourrait être autrement spoliatrice et il joue en droit public⁽¹¹²⁾ un rôle foncièrement similaire à celui de l'enrichissement sans cause en droit privé. L'interprétation

(111) MAXWELL (P.B.), *Interpretation of Statutes*, 11^e éd., Sweet and Maxwell, Londres 1962, p. 206. Pour un exemple, voir: *Montréal Protestant Central School Board c. Town of Montréal East*, 1931, 69 S.C. 286, à la page 290. Rappelons que le principe de la non-rétroactivité des lois, qui au niveau législatif est un simple principe d'interprétation, constitue pour l'autorité administrative une restriction légale véritable. À moins d'une habilitation législative expresse, celle-ci ne peut valablement adopter de mesure rétroactive. Voir: PIGEON (L.-P.), *op. cit.*, note 108, p. 46.

(112) M. L.-P. Pigeon (*op. cit.*, note 108, p. 47) insiste beaucoup sur le fait que le principe de la non-rétroactivité des lois et le principe du maintien des droits acquis ressortiraient au droit public et non au droit privé et qu'ils devraient par conséquent être interprétés d'après la *common law*. D'un point de vue strictement logique nous croyons qu'il a raison; il s'agit en effet de questions relatives au moment d'application des lois comme sources formelles de droit et qui relèvent du domaine du droit public. Toutefois cette appartenance a moins d'importance pratique qu'il peut sembler à première vue. Car comme nous avons tenté de le montrer le moment d'application d'une loi dépend bien souvent de la nature véritable de celle-ci; de sorte que s'il s'agit d'une loi de droit privé les références à ce droit seront en réalité les plus pertinentes et les plus éclairantes.

qu'il appelle n'est pas nécessairement celle, large et libérale, qu'en donne parfois l'acception populaire.

Signalons enfin que quoiqu'il n'y ait pas unanimité parmi les auteurs sur ce point aucune raison valable ne nous semble exister pour exclure l'application de la théorie des droits acquis du champ des droits dits extra-patrimoniaux⁽¹¹³⁾, sauf à leur appliquer les mêmes réserves qu'aux autres s'ils consacrent des états continus et des droits potentiels et à les fractionner dans le temps selon le moment de leurs exercices successifs.

Voilà terminée l'analyse générale de ces quatre notions de droits des minorités, droits collectifs, droits coutumiers et droits acquis. Il nous reste à tracer entre celles-ci et la notion de droits linguistiques les parallèles qui pourront nous apparaître les plus significatifs. Ce sera l'objet de la conclusion de cette étude.

* * *

Si l'on s'appliquait à dégager très succinctement les lignes de force de la légalité constitutionnelle canadienne en matière linguistique⁽¹¹⁴⁾ on pourrait en découvrir deux d'un caractère vraiment fondamental. La première procéderait de l'article 133 *A.A.N.B.*⁽¹¹⁵⁾, disposition datant de 1867 et dont l'effet est de constitutionnaliser l'usage de la langue française et de la langue anglaise dans certaines institutions fédérales et québécoises expressément énumérées. L'autre tiendrait dans le fait

(113) BAUDRY-LACANTINERIE. *Cours de droit civil*, 1902, t. 1, n° 144. On y observe par exemple que «l'état des personnes constitue une sorte de propriété, protégée par des actions analogues à celles qui protègent le droit de propriété sur les biens matériels». Cette opinion sera reprise dans l'affaire *Blais c. Association des architectes de la province de Québec*, 1964 C.S. 387 où l'on a décidé qu'un individu admis aux études qui en vertu de la loi ancienne devaient lorsque complétées lui ouvrir l'accès à une corporation professionnelle avait des droits acquis à y entrer conformément aux exigences de cette loi et à l'encontre de celles de la loi nouvelle. Ces droits acquis auraient été le résultat d'un lien contractuel entre la corporation et les candidats admis à l'étude, lien né au moment de cette admission.

(114) Plusieurs études existent sur la question des droits linguistiques au Canada. La plus complète à notre connaissance est celle de MARX (H.). *Language Rights in the Canadian Constitution*, Revue juridique Thémis, 1967, n° 2, p. 239. Voir aussi notamment: ANGERS (F.-A.). *Les droits du français au Québec*, Montréal, 1971; BELCOURT (M.A.), *The Status of the French Language in Canada*, 1924, 2 La Revue du Barreau Canadien, p. 170; CANADA, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*; DE MESTRAL (A.-L.-C.) et FRAIBERG (W.). *Language Guarantees and the Powers to Amend the Canadian Constitution*, 1966-67, McGill Law Journal, p. 502; GARANT (P.), *Les droits fondamentaux en matière d'enseignement: la question linguistique*, 1969 La Revue du Barreau du Québec, p. 520, et 1970, p. 320; HONSBARGER (J.D.), *Bilingualism in Canadian Statutes*, 1965, 43 La Revue du Barreau Canadien, p. 314; NANTEL (M.), *La langue française au Palais*, 1945, 5 La Revue du Barreau du Québec, p. 201; PARADIS (J.-B.), *Language Rights in Multicultural States: A Comparative Study*, 1970 La Revue du Barreau Canadien, p. 651.

(115) Le texte de cette disposition est reproduit à l'annexe 3 de la présente étude.

que mis à part le contenu de cette dernière disposition l'ensemble des problèmes linguistiques au Canada ne forme pas un domaine législatif particulier, en sorte qu'en cette matière chacun des ordres, fédéral et provincial, de gouvernement a une compétence qui vient en quelque sorte comme un accessoire des compétences qu'il possède par ailleurs en diverses autres matières. À coup sûr le lien de rattachement n'est pas toujours facile à faire de la question linguistique à la matière législative traditionnelle, et l'on pourra se demander par exemple si la détermination de la langue dans laquelle peut se tenir un procès est une question de procédure ou d'administration de la justice⁽¹¹⁶⁾. Mais quoi qu'il en soit de ces très importantes technicalités, la règle n'en demeure pas moins très claire que sauf la disposition de l'article 133 la compétence législative en matière linguistique se distribue suivant une ligne de partage qui suit celles des autres compétences plus traditionnelles dévolues à l'un ou l'autre ordre de gouvernement. Ce qui revient à dire que, sous réserve toujours de l'article 133, les droits linguistiques au Canada ne sont pas constitutionnalisés et que chaque ordre de gouvernement demeure libre de légiférer à ce sujet comme il l'entend pourvu que ce soit à l'intérieur de ses secteurs propres de compétence. Dans cette perspective l'on ne s'étonnera pas que la notion même de droit linguistique comme droit civil ou droit fondamental des personnes ou des groupes n'ait jamais reçu d'élaboration proprement constitutionnelle au Canada et l'on se retrouve en réalité à peu près face aux mêmes carences de l'analyse théorique que celles déjà signalées à propos de la notion de droits des minorités⁽¹¹⁷⁾.

C'est donc en vertu de ses compétences législatives propres que le parlement central a pu il n'y a pas si longtemps étendre l'obligation au bilinguisme, dans la fonction publique fédérale en particulier⁽¹¹⁸⁾. Certes on a pu contester la légalité de cette extension au motif que l'article 91,1 *A.A.N.B.*, en accordant de façon très explicite un caractère

(116) Voir: MARK (H.), *op. cit.*, note 114, p. 255 et suivantes. La question se pose particulièrement pour les procès criminels. En matière criminelle en effet le parlement central a compétence sur la procédure (art. 91,27) alors que les provinces ont compétence sur l'administration de la justice (art. 92,14). S'il est certain d'une part que les tribunaux provinciaux de juridiction criminelle, qui appliquent un droit et une procédure d'origine fédérale, ne deviennent pas des tribunaux fédéraux au sens de l'article 133 de ce seul fait (*Regina c. Watts, ex parte Poulin*, 1968, 69 D.L.R. 2, p. 526), il semble d'autre part assez assuré aussi que la langue dans laquelle peut se tenir un procès criminel est une question de procédure, sur laquelle le parlement central est compétent pour légiférer (*Regina c. Murphy, ex parte Belisle et Moreau*, 1968, 69 D.L.R. 2, p. 530), comme il l'a fait d'ailleurs (*Loi sur les langues officielles*, S.C. 1968-69, c. 54, art. 11).

(117) Au reste cette situation ne semble pas du tout particulière au Canada et il n'en irait guère autrement en Belgique ou en Suisse. Voir: PARADIS (J.-B.), *op. cit.*, note 114, p. 687.

(118) Voir: *Loi sur les langues officielles*, S.C. 1968-69, c. 54.

fondamental à l'article 133, mettrait ainsi le parlement central dans l'impossibilité de légiférer en matière linguistique aussi bien au-delà qu'en deçà des stipulations de cette disposition. Bien étrange opinion à la vérité que celle-là⁽¹¹⁹⁾ et l'on doit plutôt tenir à notre avis que l'article 133 a pour seul effet de garantir constitutionnellement le bilinguisme au sein des institutions qu'il énumère, laissant pour le reste chaque ordre de gouvernement libre de légiférer comme il l'entend sur les questions linguistiques dans ses secteurs propres de compétence.

Au même titre que le parlement central les provinces ont aussi compétence législative en matière linguistique dans les domaines relevant de leur juridiction. C'est le cas du domaine scolaire; elles peuvent y limiter l'usage de certaines langues⁽¹²⁰⁾ tout comme elles peuvent le consacrer, ce à quoi le Québec s'est appliqué il y a quelques années en adoptant pour la première fois une loi permettant aux parents d'exiger des commissions scolaires un enseignement en anglais pour leurs enfants⁽¹²¹⁾, faisant un droit de ce qui avait été jusqu'à ce jour une situation de fait. On a prétendu que ce droit reçoit depuis sa création la protection de l'article 93,3 A.A.N.B. et que les personnes en bénéficiant pourraient sous ce chef exercer le recours politique au gouverneur général si le législateur provincial s'avisait de le supprimer ou de le restreindre⁽¹²²⁾. Mais cette proposition ne nous semble pas exacte. Car s'il est vrai que les droits ou privilèges des minorités religieuses que consacrent les deux derniers paragraphes de l'article 93 sont plus vastes que ceux garantis par les deux premiers et qu'ils peuvent être de création postérieure à 1867 et de l'ordre des pratiques administratives par opposition à celui de la légalité stricte, il n'en reste pas moins qu'à la vue même du texte il doit s'agir de droits ou privilèges des minorités catholiques ou protestantes en tant que collectivités religieuses et non de collectivités linguistiques⁽¹²³⁾.

Les remarques qui précèdent sont générales et elles présentent une situation de droit bien connue dont il ne nous appartient pas d'appro-

(119) THORSON (J.T.), *Proposed Official Language Act*, 1968 Chitty's Law Journal, p. 325. Une telle opinion mène à une conclusion absurde à la limite. Aucune langue, pas plus l'anglais que le français d'ailleurs, ne saurait avoir de statut légal véritable dans aucune institution fédérale autre que celles visées par l'article 133 si l'on admettait que cette dernière disposition a pour effet non seulement de garantir l'usage de l'une et l'autre langues mais de prohiber l'extension de cet usage au-delà des institutions qu'elle énumère. On serait tenté de dire qu'une telle interprétation frôle la fantaisie.

(120) La célèbre affaire *Mackell* l'illustre bien (*supra*, note 36).

(121) *Loi pour promouvoir la langue française au Québec*, L.Q., 1969, c. 9, article 2.

(122) GARANT (P.), *op. cit.*, note 114, 1970, p. 327.

(123) SENAY (R.), *op. cit.*, note 11, p. 215. L'auteur le montre bien par une analyse serrée des textes.

fondir l'analyse. Mais elles nous importent en ce qu'elles font voir l'état d'ensemble de la légalité constitutionnelle canadienne en matière linguistique et la raison pour laquelle la notion même de droit linguistique paraît y avoir été si peu développée par le pouvoir judiciaire. Elles nous montrent aussi que cet état n'est pas différent de celui que nous avons dégagé au moment de l'étude de l'article 93 et des garanties confessionnelles en matière scolaire. À ces dernières garanties font pendant ici celles de l'article 133 et au-delà des unes et des autres les droits des minorités cèdent la place à la volonté de la majorité qui ne connaît d'autre limite que celle de devoir s'exercer dans les domaines que lui dessine le partage des compétences dicté par le fédéralisme.

Certes la limite imposée par le partage des compétence n'est pas dépourvue de toute efficacité au plan de la protection des droits fondamentaux. Comme nous l'avons déjà signalé on a vu par le passé certaines lois oppressives d'un ordre de gouvernement invalidées non pas en raison de ce caractère mais bien du fait qu'elles portaient sur une matière législative relevant de la compétence de l'autre ordre de gouvernement. Ce fut le cas par exemple de lois provinciales discriminatoires à l'endroit des étrangers, invalidées sous l'autorité de la compétence fédérale sur ces personnes⁽¹²⁴⁾, ou d'autres attentatoires aux libertés politiques, qui furent considérées comme relevant de la compétence fédérale sur le droit criminel⁽¹²⁵⁾. Mais les questions linguistiques, rappelons-le, n'appartiennent en propre à ni l'un ni l'autre ordre de gouvernement, elles leur appartiennent à tous deux à titre d'accessoires à leurs autres domaines de législation. Dès lors ce ne peut être de même que de façon accessoire et accidentelle que les limites du partage des compétences puissent servir de correctif constitutionnel en cette matière. Au-delà du contenu de l'article 133 les droits des minorités linguistiques au Québec relèvent d'une décision politique bien plus que d'une décision judiciaire⁽¹²⁶⁾. La jurisprudence constitutionnelle déjà examinée est là pour l'établir.

Certes on peut toujours s'interroger sur la valeur, au plan de la politique constitutionnelle par opposition à celui de la légalité constitutionnelle stricte, d'associer de pareille manière un droit linguistique aux activités où on l'exerce ou aux institutions au sein desquelles on en fait usage et d'inclure la compétence sur le premier dans celle portant sur les

(124) *Supra*, note 44.

(125) Les exemples seraient nombreux. Citons seulement l'affaire *Switzman c. Elbling*, *supra*, note 89.

(126) Rappelons ici qu'en 1890 la législature du Manitoba a adopté une loi abolissant l'usage du français à cette législature et devant les tribunaux de cette province, cela à l'encontre de l'article 23 de l'*Acte du Manitoba*, loi fédérale de 1870 expressément constitutionnalisée par une loi impériale de l'année suivante. Aucun tribunal ne s'est jamais prononcé sur la validité de cette abolition mais tout porte à conclure à son inconstitutionnalité. Voir notamment: MARX (H.), *op. cit.*, note 114, p. 273.

secondes. Est-il souhaitable qu'un organe législatif compétent en matière d'éducation, de réglementation de la publicité ou de procédure notariale le soit aussi et du même coup pour décider des usages linguistiques dans ces secteurs? Ne s'agit-il pas dans ce dernier cas d'une question spécifique, de politique linguistique et culturelle, qu'il faudrait dissocier des autres et à laquelle il conviendrait d'accorder un traitement constitutionnel séparé?

L'analyse de ce problème déborderait les cadres de notre propos. Qu'il nous suffise simplement de signaler à ce sujet que s'il apparaît certain qu'au niveau de la compétence parlementaire fédérale ou provinciale la question linguistique vient en général comme un accessoire d'une autre question à laquelle elle se greffe, cela n'est pas du tout si assuré au niveau de l'autorité administrative, comme en témoigne le jugement de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Pérusse et Papa c. Les commissaires d'écoles de St-Léonard*⁽¹²⁷⁾. Dans ce jugement en effet, qui on le remarquera ne statue que sur une demande d'injonction interlocutoire et à ce titre ne constitue pas un jugement au mérite, on a rappelé que les autorités scolaires locales n'avaient que des pouvoirs délégués et qu'en conséquence un doute sérieux existait quant à leur compétence à décider de ne donner dorénavant l'enseignement qu'en français en première année du cours primaire, et cela en vertu d'un texte de loi à l'époque muet sur la langue d'enseignement et les obligeant simplement à ce que les cours d'études soient dispensés⁽¹²⁸⁾. Ce jugement donnait donc à entendre que le pouvoir de l'autorité administrative sur une activité donnée n'emportait peut-être pas automatiquement celui de décider de la langue dans laquelle cette activité allait être poursuivie, en l'absence d'une disposition législative spécifique à cet effet.

À cela un auteur a immédiatement répliqué, prenant parti pour le jugement de première instance⁽¹²⁹⁾ et contre le jugement de la Cour d'appel sur ce point: «...qui dit programme d'enseignement dit nécessairement langue d'enseignement, à moins que l'enseignement ne soit destiné à des sourds-muets-aveugles»⁽¹³⁰⁾; d'où la compétence des commissaires pour en décider quand ni l'autorité législative ni l'autorité gouvernementale ne l'avait fait.

Mais si logique qu'elle puisse paraître cette dernière opinion ne va peut-être pas au fond des choses. On peut y objecter, et c'est là

(127) 1970 C.A. 324.

(128) *Id.*, p. 331. On remarquera que ce jugement ne statue en rien sur la constitutionnalité de la décision prise par l'autorité scolaire. Tout le litige porte sur sa validité, au niveau administratif.

(129) *Pérusse et Papa c. Commissaires d'écoles de St-Léonard*, 1970 C.S. 181.

(130) GARANT (P.), *op. cit.*, note 114, 1970, p. 324.

l'opinion d'au moins un auteur qui a beaucoup approfondi la question⁽¹³¹⁾, qu'au Québec le français et l'anglais ont un statut légal général qui doit prévaloir en toutes matières en l'absence d'autres dispositions législatives expresses. On peut y objecter encore, plus subtilement cette fois et sans faire nécessairement référence au litige spécifique dont il a été précédemment question, l'argumentation suivante. Toute autorité administrative doit, sous peine de ce qu'on appelle en d'autres pays un détournement de pouvoir, agir conformément aux finalités générales de la loi qui fonde ses pouvoirs⁽¹³²⁾. En sorte que si l'on parvient à établir que l'instauration d'une véritable politique linguistique nouvelle dans le domaine scolaire déborde la compétence déléguée de l'autorité scolaire locale, tant en regard des textes de loi qu'à leur défaut des pratiques et usages, et que cette compétence se restreint plutôt à un pouvoir de gestion scolaire courante, peut-être une décision que les faits et la tradition inviteraient clairement à qualifier comme une décision de politique linguistique nouvelle pourrait-elle être entachée d'illégalité. En ce sens il nous semble que l'affirmation suivant laquelle un enseignement doit obligatoirement se donner dans une langue quelconque ou dans plusieurs et qu'il faut bien quelqu'un pour en décider est une affirmation qui ne vide pas la question, en ce qu'elle omet de faire état d'une distinction, éventuellement utile, entre un pouvoir de gestion scolaire pouvant comprendre la détermination de la langue d'enseignement et un pouvoir de véritable politique linguistique⁽¹³³⁾. Et pour établir si c'est le premier ou le second que confère un texte de loi donné c'est à ce texte de loi qu'il faut avant tout se référer mais aussi à d'autres, à leur préambule⁽¹³⁴⁾ et «possiblement» aux pratiques et usages sociaux qui en constituent le contexte d'application et qui seuls pourraient permettre de distinguer entre une mesure de politique linguistique nouvelle et une mesure d'administration scolaire courante.

(131) MARX (H.), *op. cit.*, note 114.

(132) *Supra*, note 92.

(133) Notons qu'au jugement du Comité Judiciaire dans l'affaire *Mackell* (1917 A.C. 62) on trouve la phrase suivante: «The right to manage does not involve the right of determining the language to be used in the schools» (p. 74). Mais cette phrase se situe dans un contexte fort différent; elle visait à montrer que le pouvoir des autorités scolaires locales d'Ontario quant à la détermination de la langue d'enseignement n'avait pas été constitutionnalisé en 1867 par l'article 93 *A.A.N.B.* et pouvait leur être retiré par une loi et non à montrer que ces autorités ne l'avaient jamais possédé.

(134) GARANT (P.), *op. cit.*, note 114, 1969, p. 522 et suivantes. L'auteur analyse les préambules de certaines lois québécoises relatives à l'éducation consacrant en particulier le droit de l'enfant à une éducation favorisant le plein épanouissement de sa personnalité et le droit des parents de choisir des institutions assurant le respect des droits de leurs enfants.

Dans cette perspective l'on se rend compte que la prise en considération des usages sociaux et politiques en matière linguistique pourrait s'avérer utile à l'interprétation des lois ou des règlements et à l'appréciation de la légalité des décisions de l'autorité administrative. Un peu de la même façon qu'au sein de la légalité constitutionnelle il y a les questions criminelles proprement dites, relevant du seul parlement central, et les questions pénales qui viennent comme accessoires et mesures d'exécution des lois des deux ordres de gouvernement⁽¹³⁵⁾, il y aurait telles choses au sein de la légalité administrative québécoise que les questions linguistiques principales et les questions linguistiques accessoires. Sur les premières l'autorité administrative serait inhabile à statuer en l'absence d'une habilitation législative à cet effet alors qu'elle le pourrait sur les secondes. Et pour distinguer les unes des autres les usages et les pratiques auraient beaucoup de pertinence, ce qu'elles n'ont pas et ne peuvent avoir à l'encontre d'un texte de loi clair émanant du parlement souverain.

Si par ailleurs on optait pour l'opinion déjà signalée⁽¹³⁶⁾ à l'effet qu'au Québec le français et l'anglais ont un statut légal général en toutes matières en l'absence d'une disposition législative spécifique à l'effet contraire, on ne parviendrait à le démontrer qu'en se référant ici encore à la coutume et aux usages qui en la matière auraient force de loi⁽¹³⁷⁾. Plus que toute autre sans doute la question linguistique au Québec s'enracine dans une légalité coutumière. Et même si l'on se refusait à admettre que la coutume puisse être ici source formelle de droit, elle le serait quand même au plan pratique, tant est importante l'interprétation qu'elle aide à donner aux lois écrites, si vagues et incomplètes à ce chapitre.

Ainsi l'on aboutit à la conclusion qu'autant les notions de droits des minorités ou de droits coutumiers ont une importance réduite au plan strictement constitutionnel, en tel sens qu'elles peuvent bien peu face aux lois expresses, autant elles importent probablement beaucoup au plan de l'interprétation législative et de l'appréciation de la légalité des actes de l'administration. Et la chose peut aisément se comprendre, eu égard au sens de la continuité qui marque tout système juridique. On dit en effet d'un droit qu'il est coutumier parce qu'il existe depuis longtemps, non pas consacré par les lois mais pour ainsi dire en marge de celles-ci, qu'on a toujours appliquées comme ne lui faisant pas opposition. Il peut venir un jour où l'idée se forme que des lois qui ont permis la

(135) Sur ce point, voir notre étude: *Prolégomènes à l'étude de la notion de droit criminel en droit constitutionnel canadien*, Revue juridique Thémis, 1969, p. 17.

(136) Note 131.

(137) Voir par exemple: *G.M. Acceptance Corporation c. Perozni*, 1965, 51 D.L.R. 2, p. 724, sur le statut légal du français en Alberta et même au Québec qui dans l'un et l'autre cas serait de nature coutumière.

survie de ce droit ont pour effet positif de le consacrer et qu'il y a lieu de les interpréter en ce sens. Au niveau de l'interprétation législative et du pouvoir administratif un droit coutumier est un droit qui entretient sa propre conservation.

Mais tout cela ne revient-il pas à dire que la notion d'usage ou de droit coutumier entendue au sens large ne serait que l'équivalent populaire de la notion plus technique de droit acquis et qu'un droit ancien créerait dans son sillage une légitimité en faveur de sa conservation trouvant son correspondant formel dans la présomption de non-rétroactivité des lois et dans le principe du maintien des droits acquis? Le parallèle est frappant et il comporte une large part de vérité. Mais outre le fait que la notion de droit, acquis met l'accent sur la simple antériorité d'un droit par rapport à la loi nouvelle et pas nécessairement sur son ancienneté et son caractère traditionnel ou coutumier, c'est une notion singulièrement plus précise que celle de droit coutumier et qui opère à notre avis une meilleure conciliation entre la continuité et le changement. Tout droit coutumier n'est pas automatiquement un droit acquis. Pour qu'il le soit il doit s'être traduit dans un exercice relativement particularisé qui seul échappera à l'empire de la loi nouvelle. Et cette distinction entre un droit et son exercice apparaît spécialement appropriée en matière de droit linguistique, vu le caractère très général de ce droit qui n'est rien d'autre en réalité qu'un état ou une capacité source de multiples exercices potentiels. Un individu aurait-il commencé d'exercer une profession, celle de notaire par exemple, dans une langue, on pourrait probablement tenir qu'il a des droits acquis à poursuivre sa carrière comme il l'a commencée; de même pour l'enfant inscrit à l'école. Mais on ne saurait tenir aussi aisément que c'est en toutes activités, présentes ou futures et si mal particularisées qu'elles soient, qu'un individu a des droits linguistiques qui lui sont acquis. On maintiendrait plus difficilement encore que non plus un individu mais une collectivité tout entière puisse être le titulaire de ces droits. Un droit acquis deviendrait synonyme en ce cas d'un droit immortel.

Sans doute faudrait-il un jour s'appliquer à analyser en profondeur cette notion de droit linguistique. On y découvrirait probablement plusieurs paliers de légalité. Le premier, le plus fondamental et celui contre lequel la souveraineté parlementaire même ne pourrait probablement rien, tiendrait dans le droit de tout individu de s'exprimer dans sa langue et d'en assurer, par des moyens libres et privés, le maintien et le perfectionnement. Nos tribunaux n'ont pas hésité par le passé à se référer aux principes philosophiques les plus fondamentaux et au droit naturel même pour garantir la liberté de conscience et de religion⁽¹³⁸⁾, et l'on

(138) Chabot c. *Les commissaires d'écoles de Lamorandière*, 1957, B.R. 707, à la page 717. On a interprété ici la loi de façon à ce qu'un enfant ne soit jamais tenu de suivre un enseignement religieux auquel ses parents s'opposent.

peut être assuré que la même philosophie prévaudrait pour le droit qui nous occupe ici. S'il s'agit par ailleurs du statut légal d'une langue, à l'école publique, dans le monde professionnel, au sein des organismes publics et des tribunaux (sous réserve des dispositions constitutionnelles actuelles en la matière), la souveraineté parlementaire, nous l'avons assez montré, aura le dernier mot et des thèmes comme ceux de droits coutumiers et de droits des minorités pourront servir à inspirer une politique, mais ils ne joueront pas le rôle de freins constitutionnels. Pareillement la théorie des droits acquis, dans l'application qu'à notre avis elle commande et que nous nous sommes efforcé de décrire, ne lie pas le législateur. Mais cette fois c'est le principe de légalité qui l'impose et une loi qui ne le respecte pas est une loi que l'on peut juridiquement réprover, en deçà de la désapprobation politique qu'elle peut susciter.

L'importance légale des notions que nous avons examinées s'accroît beaucoup si l'on se place non plus au niveau du parlement souverain mais au niveau de l'interprétation judiciaire de ses lois et de leur application par les autorités administratives. Le concept de droits acquis, principe d'interprétation législative, opère comme une contrainte légale véritable pour l'autorité qui exerce des pouvoirs délégués. Sur une base moins technique et plus vague un droit que l'on dit être coutumier ou le droit d'une minorité joue peut-être un rôle quelque peu analogue au précédent à cet égard.

Ce qui montre une fois de plus jusqu'à quel point le droit se situe souvent au point de rencontre des éthiques et des techniques; et sans doute n'est-il pas mauvais qu'il en soit ainsi.

Annexe 1

Article 93 A.A.N.B.⁽¹⁾

Dans chaque province et pour chaque province, la législature pourra légiférer sur l'éducation⁽²⁾ 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;
- (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 y aura 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.

(1) DRIEDGER (E.A.), *Actes de l'Amérique du Nord britannique*, 1867-1964. Les articles reproduits aux annexes 2 et 3 sont tirés de cette même source.

(2) On traduit parfois le mot anglais «education» par «enseignement» (Voir: OLLIVIER (M.), *Actes de l'Amérique du Nord britannique et Statuts connexes*). Traduire par le mot «éducation», qui a une portée plus vaste nous semble de beaucoup préférable, compte tenu surtout du fait que l'expression suivant la jurisprudence doit être entendue dans son sens le plus large. Voir: *Re Adoption Act*, 1938 R.C.S. 398, à la page 402.

Annexe 2**Article 22 de l'Acte du Manitoba**

Dans la province, la Législature pourra exclusivement décréter des lois relatives à l'éducation, sujettes et conformes aux dispositions suivantes:

- (1) Rien dans ces lois ne devra préjudicier à aucun droit ou privilège conféré, lors de l'Union, par la loi ou par la coutume à aucune classe particulière de personnes dans la province, relativement aux écoles séparées (*denominational schools*).
- (2) Il pourra être interjeté appel au gouverneur général en conseil de tout acte ou décision de la Législature de la province ou de toute autorité provinciale affectant quelqu'un des droits ou privilèges de la minorité protestante ou catholique romaine des sujets de Sa Majesté relativement à l'éducation.
- (3) Dans le cas où il ne serait pas décrété telle loi provinciale que, de temps à autre, le gouverneur général en conseil jugera nécessaire pour donner suite et exécution aux dispositions du présent article, — ou dans le cas où quelque décision du gouverneur général en conseil, sur appel interjeté en vertu de cet article, ne serait pas dûment mise à exécution par l'autorité provinciale compétente, — alors et en tout tel cas, et en tant seulement que les circonstances de chaque cas l'exigeront, le parlement du Canada pourra décréter des lois propres à y remédier pour donner suite et exécution aux dispositions du présent article, ainsi qu'à toute décision rendue par le gouverneur général en conseil sous l'autorité du même article.

Annexe 3**Article 133 A.A.N.B.**

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 du 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.

**(ii) Législation du Québec et pratique administrative en
matière de langue, et initiatives des autres provinces**

**Résumé par Herbert Marx
(Université de Montréal)**

**(ii) Québec Legislation and Administrative Practice
Bearing on the Issue of Language, and Responses
of the Other Provinces**

**Résumé by Herbert Marx
(University of Montréal)**

Novembre 1972 November

L'objet de cette étude est de répondre à la question suivante: si l'on s'en tient à un examen de la législation provinciale en matière linguistique, quelle est la politique législative, s'il en est une, qui paraît s'en dégager? Il faut noter qu'aucun jugement de valeur ne sera porté sur l'intensité, l'efficacité, l'opportunité, le mal ou le bien-fondé non plus que sur la validité des diverses dispositions législatives auxquelles il sera fait référence au cours du présent examen.

Nous étudierons la politique législative québécoise de même que la politique législative d'autres provinces en matière linguistique.

I. La politique législative du Québec en matière linguistique

La théorie générale des droits linguistiques au Québec veut qu'une personne puisse utiliser soit la langue anglaise soit la langue française partout et en tout temps sauf si un tel usage est limité par une disposition législative particulière. Nous examinerons la législation linguistique en référence aux domaines d'activité suivants: l'éducation, le travail, les relations entre le citoyen et l'État, les droits de l'immigrant, le commerce, la justice et les corporations professionnelles. Il va de soi qu'il y a des chevauchements entre certains de ces domaines.

On trouvera à l'annexe A une liste des lois et règlements québécois ayant une portée linguistique. Dans l'analyse qui suit nous ne ferons référence qu'à un certain nombre d'entre eux.

1. L'éducation.

Avant 1969 la pratique voulait que chaque parent ait la liberté complète d'envoyer ses enfants soit aux écoles de langue française, soit aux écoles de langue anglaise, et on ne trouvait aucune disposition législative à ce sujet.

Aujourd'hui les principales dispositions en matière d'éducation se trouvent dans la *Loi pour promouvoir la langue française au Québec* (le Bill 63) qui a amendé la *Loi d'instruction publique*. Cet amendement fut la réponse du gouvernement à l'affaire Saint-Léonard, où la commission scolaire avait décidé de ne dispenser que l'enseignement en français même aux élèves dont les parents pouvaient requérir l'enseignement en langue anglaise.

Ces dispositions prévoient que l'enseignement dans les écoles primaires et secondaires publiques n'est donné en langue anglaise qu'à la demande expresse des parents, un tel programme devant par ailleurs continuer

d'assurer «une connaissance d'usage de la langue française» pour les élèves à qui il est dispensé. Il est aussi prévu que les enfants des nouveaux résidents du Québec doivent avoir la possibilité de faire instruire leurs enfants en langue française.

Le règlement n° 6 adopté en vertu de cette loi établit que les cours de langue française, langue seconde, sont obligatoires pour les élèves qui suivent l'enseignement en langue anglaise, pendant leurs études élémentaires et secondaires.

Il en résulte que la langue française est la langue normale et usuelle de l'enseignement, et quiconque désire bénéficier de l'enseignement en langue anglaise doit en faire la demande, étant entendu que cette demande sera toujours accordée. Ainsi il appert que le système actuel ne diffère guère de la pratique qui prévalait avant 1969.

2. La langue de travail.

Si l'on entend par langue de travail la ou les langues qu'une personne peut ou doit utiliser quand elle communique avec ses co-employés ou avec son employeur, on aura vite fait d'en conclure qu'il existe très peu de législation québécoise en cette matière.

La loi prévoit par exemple qu'un «boutefeu» doit avoir une connaissance de l'anglais ou du français, qu'un prêteur sur gage peut tenir ses registres en anglais ou en français, et en vertu du *Code du travail*, chaque partie peut exiger qu'une convention collective soit rédigée en anglais et en français. Sans doute d'une plus grande importance est le fait qu'en vertu de la *Loi de la fonction publique* un des critères pour accéder au statut de permanent est «une connaissance d'usage de la langue française». Par ailleurs la Commission de la fonction publique, dans sa classification des différents corps de fonctionnaires, a prévu que pour quelques postes il faut «connaître la langue anglaise», mais l'admissibilité au plus grand nombre de postes n'exige une connaissance de l'anglais que «lorsque nécessaire».*

En vertu d'un amendement à la *Loi du ministère des Affaires culturelles* opéré par le Bill 63, l'Office de la Langue française doit notamment, sous la direction du ministre:

- 1) «conseiller le gouvernement sur toute mesure législative et administrative qui pourrait être adoptée pour faire en sorte que la langue française soit la langue d'usage dans les entreprises publiques et privées au Québec;» et,

* Une directive administrative concernant la langue à utiliser dans les communications où le gouvernement est une des parties se trouve à l'annexe B.

- 2) *«élaborer, de concert avec ces entreprises, des programmes pour faire en sorte que la langue française y soit la langue d'usage et pour assurer à leurs dirigeants et à leurs employés une connaissance d'usage de cette langue».*

Il est évident que l'intention manifestée dans cette législation est de faire de la langue française la langue d'usage dans le domaine du travail.

Un autre devoir de l'Office de la Langue française est d'entendre les plaintes d'employés dont le droit d'utiliser «la langue française comme langue de travail» ne serait pas respecté. Après avoir entendu les parties l'Office peut faire des recommandations. Conséquemment, dans la mesure où l'Office de la Langue française peut offrir une certaine protection quant à la langue de travail, cette protection ne s'applique qu'à la langue française.

3. Le citoyen et l'État.

Si l'on excepte les dispositions concernant la fonction publique que nous avons relevées au paragraphe précédent, il n'y a presque pas de législation dans ce domaine.

Le plus grand nombre de celles qui demeurent concernent la réglementation de la langue dans laquelle il faut rédiger un avis public. Souvent l'exigence est de le donner en langue française et en langue anglaise, quoique certaines municipalités puissent se soustraire à cette règle générale et donner des avis unilingues. On exige parfois aussi de publier ces avis dans un journal français et un journal anglais sans que la langue de publication ne soit mentionnée. Il appert que dans ces cas l'exigence législative est satisfaite si l'avis est publié dans une seule langue dans les journaux anglais et français.

4. La justice.

Parmi les rares dispositions législatives dans ce domaine, on rencontre les suivantes: les articles du Code de procédure civile concernant les jurys; les règles d'interprétation qui veulent que les versions française et anglaise soient toutes deux officielles sauf les exceptions de la *Loi médicale*, de la *Loi des dentistes* et de la *Loi des optométristes et opticiens* où il est stipulé que seule la version française est officielle; enfin les règles de pratique de la Régie des services publics qui sont les seules règles d'un tribunal administratif qui prévoient l'usage de l'une ou de l'autre langue. Il faut noter aussi que les formules qui se trouvent en annexe à diverses lois sont toujours rédigées dans les deux langues.

5. Le commerce.

Avant 1966, les seules normes linguistiques dans ce domaine étaient celles du *Code civil* et de la *Loi des chemins de fer* relatives aux avis, billets et autres documents devant être rédigés en langue française et en langue anglaise; on trouvait aussi une disposition réglementaire adoptée sous l'autorité de la *Loi de la préparation des produits de la mer* et prescrivant que chaque boîte de conserve de poisson devait être étiquetée ou marquée «*en anglais et/ou en français*». Plus récemment, on a prévu que dans toute inscription concernant les aliments l'usage du français est obligatoire et aucune inscription rédigée en une autre langue ne doit l'emporter sur l'inscription en langue française. Notons aussi que les contrats qui sont réglementés par la *Loi de la protection du consommateur* doivent être rédigés en langue française sauf s'il est stipulé que le consommateur a demandé que le contrat soit rédigé en anglais et la garantie, le cas échéant, doit être rédigée dans la langue du contrat. Enfin la *Loi des associations coopératives* de même que la *Loi des caisses d'épargne et de crédit* exigent que ces organismes aient des noms français.

De plus, l'Office de la Langue française doit «*conseiller le gouvernement sur toute mesure législative ou administrative qui pourrait être adoptée en matière d'affichage public pour faire en sorte que la langue française y soit prioritaire*». Aucune législation dans ce domaine n'a encore été adoptée à ce jour.

6. L'immigrant.

Jusqu'à 1969 la personne émigrant au Québec bénéficiait des mêmes droits en matière linguistique que toute autre personne. Ceci veut dire qu'elle n'était assujettie à aucune contrainte linguistique.

Aujourd'hui les droits linguistiques des immigrants sont réglementés par deux lois. En vertu d'un amendement de 1969 à la *Loi du ministère de l'Immigration*, le ministre de l'Immigration pour favoriser l'adaptation des immigrants au milieu québécois doit «*prendre, de concert avec le ministre de l'Éducation, les dispositions nécessaires pour que les personnes qui s'établissent au Québec acquièrent dès leur arrivée ou même avant qu'elles quittent leur pays d'origine la connaissance de la langue française et qu'elles fassent instruire leurs enfants dans des institutions d'enseignement où les cours sont donnés en langue française*».

En 1970 un amendement à la *Loi de l'admission à l'étude et à l'exercice de professions* a prévu que les seules personnes n'ayant pas la citoyenneté canadienne qui peuvent être admises à l'étude ou à l'exercice des

professions visées par la loi sont celles qui ont «une connaissance d'usage de la langue française». Cela veut dire qu'un dentiste unilingue anglophone qui immigré au Canada ne peut pas pratiquer sa profession au Québec avant d'acquérir la citoyenneté canadienne, ou avant d'apprendre le français et de réussir un examen. Le dentiste immigrant francophone est admissible à l'exercice de la profession dès son arrivée au Québec.

7. Les corporations professionnelles.

Outre la disposition législative décrite au paragraphe précédent, il y a peu d'autres mesures législatives à portée linguistique dans ce domaine, comme on pourra le constater en consultant l'annexe A. Certaines concernent les examens requis pour l'admission aux diverses professions; exceptionnellement les professions comme celles d'arpenteur ou d'ingénieur forestier exigent chez le candidat à l'admission une connaissance des deux langues.

L'analyse qui précède démontre non seulement qu'il y a peu de législation en matière linguistique au Québec mais aussi que cette législation est assez peu révélatrice d'une politique linguistique cohérente et définie. Ainsi pourquoi a-t-on eu le souci de réglementer la langue d'étiquetage des produits alimentaires et pas celle d'autres types de produits? Pourquoi encore la version française de la loi prévaut-elle dans la *Loi médicale*, la *Loi des dentistes* et la *Loi des optométristes et opticiens*, et pas dans d'autres textes de loi? On remarquera que ces trois dernières lois se trouvent dans les *Statuts refondus* de 1964 du Québec; or dans la *Loi des Statuts refondus* (S.Q. 1965 c. 9) il est prévu à l'article 8 que:

«au cas de divergence entre les versions française et anglaise des Statuts refondus sur un point quelconque, le texte le plus compatible avec les lois refondues prévaudra».

On a l'impression que plusieurs mesures linguistiques ont été adoptées presque au hasard, sans que l'on se soit beaucoup soucié de leur compatibilité avec d'autres et sans référence à un plan d'ensemble qui eût reflété la politique gouvernementale générale sur les questions linguistiques, si tant est qu'une telle politique existe.

Pour des fins d'analyse on peut diviser la législation linguistique du Québec en trois catégories. La première catégorie serait celle de la législation linguistique que l'on pourrait qualifier de neutre, en tel sens qu'elle n'a pas pour but de favoriser ou de donner préséance à une langue sur l'autre. La seconde catégorie comprendrait la législation visant à privilégier le français. La troisième catégorie inclurait la législation faisant du français une langue obligatoire, parfois à l'exclusion de l'anglais.

En ce sens, pourrait être vue comme neutre l'exigence de donner un avis dans l'une et l'autre langue. Il en irait de même de celle visant à ce que les billets de chemins de fer et autres documents soient bilingues. Les diverses dispositions permettant aux candidats à l'admission à certaines professions de passer des examens en français ou en anglais appartiennent aussi à la catégorie de la législation neutre, tout comme d'ailleurs le serait le fait d'exiger du postulant à une certaine fonction des connaissances linguistiques indispensables à l'exercice de celle-ci, comme le fait de parler la langue du pays avec lequel il sera appelé à avoir de constants rapports.

Pourrait être classée dans la seconde catégorie la législation privilégiant le français et rendant son usage plus aisé que celui de l'anglais. C'est ainsi que le français peut être considéré comme privilégié par rapport à l'anglais à l'école primaire et secondaire et dans les contrats régis par la *Loi sur la protection du consommateur*. Dans ces deux cas toutefois il est toujours possible de requérir un enseignement en anglais ou qu'un contrat soit rédigé dans cette langue.

La troisième catégorie comprend la législation rendant le français obligatoire. En matière d'étiquetage des produits alimentaires, l'usage du français est obligatoire, quoique l'usage de l'anglais ou d'une autre langue ne soit pas exclu. Cela revient à dire que les étiquettes devront être en français, quoiqu'elles puissent être aussi et en plus en anglais ou en quelque autre langue.

Dans d'autres cas la législation a pour fin de rendre le français obligatoire, à l'exclusion de l'anglais. Ainsi un fonctionnaire peut accéder à la permanence à condition de parler le français et même s'il ne parle que cette langue, mais il n'en va pas ainsi de l'unilingue anglais. De la même façon un immigrant qui ne parle que le français sera admissible à l'exercice de certaines professions dès son arrivée, tandis qu'un immigrant qui ne parle que l'anglais devra apprendre le français ou attendre de devenir citoyen canadien.

Il semble que l'essentiel de la politique législative du Québec en matière linguistique se retrouve dans la législation adoptée depuis 1965. Les dispositions concernant la fonction publique furent adoptées en 1965; les règlements sur l'étiquetage des produits alimentaires, en 1966 et après; la *Loi pour promouvoir la langue française au Québec* (Bill 63) établissant la position prioritaire du français, en 1969; enfin c'est en 1970 que la *Loi de l'admission à l'étude et à l'exercice de professions* fut amendée pour favoriser l'admission de francophones à certaines professions.

On pourrait résumer de la façon suivante l'état de la législation québécoise en matière linguistique. D'une façon générale l'anglais et le fran-

çais sont sur un pied d'égalité, quoique à certains égards le français ait préséance sur l'anglais. La politique législative qui ressort ou que l'on peut dégager de la législation la plus récente est que le français est en voie de devenir la langue prioritaire, parfois à l'exclusion de l'anglais.

II. La politique législative récente du Manitoba, du Nouveau-Brunswick et de l'Ontario en matière linguistique

Au cours de ces dernières années, les provinces du Manitoba, du Nouveau-Brunswick et de l'Ontario ont adopté des mesures législatives pour permettre l'enseignement en français aux francophones dans ces provinces. Dans le cas du Nouveau-Brunswick ces mesures scolaires font partie d'une loi-cadre sur les droits linguistiques.

Rappelons au départ que le droit à l'enseignement en langue française fut aboli au Manitoba en 1916 et qu'il fut si considérablement limité en Ontario en 1912 par le célèbre règlement XVII qu'on pouvait le juger aboli aussi dans cette province.

1. La législation du Manitoba.

En 1967 l'enseignement en langue française y fut autorisé par *An Act to Amend the Public Schools Act* (2) (S.M. 1966/67, c. 49). En vertu de cette loi c'était aux commissions scolaires locales de faire une demande au ministre de l'Éducation pour pouvoir donner un enseignement en langue française. Ce dernier avait l'entière discrétion pour approuver, rejeter ou modifier la demande. Il était prévu que l'enseignement en langue française ne devait jamais excéder cinquante pour cent de l'enseignement dispensé au cours d'une journée.

Cette mesure législative fut amendée en 1970 et se trouve aujourd'hui dans *The Public Schools Act* (R.S.M. 1970, c. P 250, tel que modifié par S.M. 1970, c. 66). On y consacre le droit à l'enseignement en langue française; cet enseignement peut être obtenu sur demande des parents, à condition qu'il y ait vingt-huit étudiants éligibles pouvant être regroupés dans une classe élémentaire et vingt-trois pour les classes secondaires. Si ce nombre n'est pas atteint le ministre de l'Éducation peut quand même exiger que la commission scolaire locale dispense un enseignement en français. Cependant, l'enseignement de l'anglais doit être dispensé aux étudiants qui suivent leurs cours en français, de la quatrième jusqu'à la douzième année. Le ministre de l'Éducation peut en outre prévoir par règlement la langue d'usage dans l'administration des écoles.

2. La législation du Nouveau-Brunswick.

La *Loi sur les langues officielles* du Nouveau-Brunswick (S.N.B. 1969, c. 14) prévoit à l'article 3 que «l'anglais et le français sont les langues officielles du Nouveau-Brunswick» et qu'elles «bénéficient d'un statut équivalent de droit et de privilège». Les dispositions de cette loi qui sont actuellement en vigueur portent que: l'une ou l'autre langue peut être utilisée à l'Assemblée législative ou dans un de ses comités (art. 4); les prochaines lois révisées et celles qui suivront seront publiées dans les deux langues (art. 7); tout conseil municipal peut déclarer par résolution que l'une ou l'autre des deux langues officielles ou les deux peuvent être utilisées à toute réunion du conseil (art. 12); le lieutenant-gouverneur en conseil peut édicter des règlements pour assurer la bonne application de cette loi (art. 16); et que les deux versions de cette loi sont officielles (art. 15).

Les dispositions qui ne sont pas encore en vigueur portent que: les procès-verbaux et rapports de la Législature de même que d'autres documents officiels seront publiés dans les deux langues (arts. 5, 9 et 10); les projets de loi et autres documents de la Législature seront publiés dans les deux langues officielles (art. 6); les services publics seront bilingues (art. 11); la langue maternelle de l'étudiant sera sa principale langue d'enseignement et l'autre langue officielle sera la langue seconde (art. 13); et que les procédures judiciaires pourront se dérouler dans l'une ou l'autre langue officielle. L'article 13 a pour effet d'étendre l'article 25 du règlement scolaire 67-67 [(1967) 125 *The Royal Gazette* (N.-B.), Partie II 406 (26-7-1967)] aux écoles de métiers et aux écoles techniques.

Il apparaît que la politique législative au Nouveau-Brunswick est de prévoir un système de bilinguisme. Cependant, étant donné que les dispositions législatives les plus importantes à cette fin ne sont pas encore en vigueur, cet objectif n'est pas encore réalisé.

3. La législation de l'Ontario.

Par suite de modifications législatives datant de 1968, les commissions scolaires locales doivent dispenser l'enseignement en français au niveau de l'école élémentaire si le nombre d'élèves inscrits à cet enseignement est au minimum de trente. L'anglais peut y être enseigné dans n'importe quelle année et cet enseignement doit être dispensé obligatoirement aux élèves de la cinquième à la huitième année. D'autre part, des dispositions semblables existent au niveau de l'enseignement secondaire. On retrouve maintenant ces amendements dans *The Schools Administration Act* (R.S.O. 1970, c. 424 arts. 21 (e) et 39) et dans *The Secondary Schools and Boards of Education Act* (R.S.O. 1970, c. 425 arts. 47 à 58).

En vertu d'une résolution de la Législature de l'Ontario de 1968, un député peut utiliser soit la langue française soit la langue anglaise à la Chambre.

Ce survol de la législation provinciale autre que québécoise démontre qu'il y a tendance à permettre d'étendre la possibilité d'utiliser la langue française dans les domaines de compétence provinciale. Ceci est la mise en œuvre, au moins en partie, des recommandations de la Commission royale sur le bilinguisme et le biculturalisme.

Conclusion

Signalons pour conclure que le Québec a signé en 1969 avec l'Ontario et le Nouveau-Brunswick des accords culturels comportant certaines dispositions en matière linguistique. On observera enfin qu'aucune des diverses lois provinciales portant sur les droits de l'homme ne comporte de garantie linguistique.

Il découle de cet examen des diverses législations provinciales en matière linguistique que les provinces concernées se sont montrées disposées à réévaluer leur politique en matière de langues. Les provinces à majorité anglophone ont voulu améliorer le statut de la langue française, le Québec pour sa part montrant un souci d'accorder à cette langue un statut prioritaire.

Annexe A

Nomenclature de la législation québécoise sur les droits linguistiques.

[Cette nomenclature a été faite principalement à partir des travaux effectués pour la Commission d'enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques au Québec. La législation montrant une tendance à faire du français la langue prioritaire a été adoptée depuis 1965.]

Acte constituant la Corporation des huissiers du district de Montréal, S.Q. 1887, c. 43.

- Règlements de la Corporation des huissiers du district de Montréal, art. 17 (6) (le candidat admis aux examens doit *«parler les langues française et anglaise et en écrire une couramment»*); art. 18 (il faut avoir une bonne connaissance de la langue seconde pour être admis à l'étude de la profession et être stagiaire).

Accidents du travail, Loi des, S.R.Q. 1964, c. 159, art. 21(2) (l'avis d'un accident donné par l'employeur doit être rédigé dans la propre langue de l'accidenté si c'est le français ou l'anglais, sinon dans celle de ces langues qu'il choisit).

Admission à l'étude et à l'exercice de professions, Loi de l', S.R.Q. 1964, c. 246 (telle que modifiée par L.Q. 1970, c. 57) art. 4. (un non-citoyen canadien peut être admis comme membre d'une corporation professionnelle si cette personne a *«une connaissance d'usage de la langue française»*).

- Règlement concernant les normes d'évaluation et de la connaissance d'usage du français d'un immigrant désirant être admis à l'étude ou à l'exercice d'une profession au Québec, (1971) 103 *Gazette officielle du Québec*, 2505 (N° 12, 20-3-1971).

Agronomes, Loi des, S.R.Q. 1964, c. 260.

- Règlements de la Corporation des agronomes de la province de Québec, art. 161 (pour devenir candidat à une bourse il faut avoir *«une connaissance suffisante des deux langues officielles du Canada»*).

Architectes, Loi des, S.R.Q. 1964, c. 261.

- Règlement de l'Association des architectes de la province de Québec (en cas de conflit entre les versions anglaise et française des règlements, la version française prévaudra).

Arpenteurs, Loi des, S.R.Q. 1964, c. 263, art. 31 (l'aspirant admis à l'étude de la profession doit «posséder une connaissance suffisante d'une des langues officielles, et être capable de traduire correctement l'anglais en français ou le français en anglais, selon qu'il choisit le français ou l'anglais pour son examen»).

Associations coopératives, Loi des, S.R.Q. 1964, c. 292 (telle qu'amendée par L.Q. 1970, c. 58), art. 13d («Une association ne peut être constituée que sous un nom français ou sous un nom comportant une version française»).

Assurances, Loi des, S.R.Q. 1964, c. 295, 27(2) (en certains cas l'avis exigé peut être publié dans un journal dans les deux langues).

Barreau, Loi du, S.R.Q. 1964, c. 247.

— Règlements du barreau du Québec, Règlement I, art. 12(2) (les questions d'examen sont «*polycopiées en anglais et en français*»).

Caisses d'épargne et de crédit, Loi des, S.R.Q. 1964, c. 293 (telle que modifiée par L.Q. 1970, c. 59), art. 9 («Une caisse ne peut être constituée que sous un nom français ou un nom comportant une version française»).

Charte de la cité de Joliette, S.Q. 1935, c. 124, art. 37 («l'avis public doit être rédigé en français ou peut être rédigé en même temps en français et en anglais; mais la rédaction en français sera suffisante dans tous les cas»).

Charte de la cité de Québec, 1929, S.Q. 1929, c. 95 (telle que modifiée par L.Q. 1969, c. 86), art. 382 («La cité est autorisée à publier une gazette municipale dans laquelle tous les avis exigés par sa charte et ses règlements pourront être publiés en français et en anglais»); art. 165 (les procès-verbaux du conseil sont rédigés en langue française).

Charte de la Ville de Montréal, S.Q. 1959-1960, c. 102, art. 41(2) (avis public en langue française et en langue anglaise de toute modification ou addition au plan général de la ville).

Les règlements qui suivent furent relevés dans la Codification administrative qui ne reproduit qu'une partie des règlements en vigueur.

— Règlement n° 340 concernant les explosifs et les substances très combustibles, art. 18 (étiquetage bilingue des voitures); art. 20(e) (le propriétaire ou conducteur d'une voiture chargée des substances explosives doit placarder un avis en français et en anglais de ces règles).

- Règlement n° 1319 relatif à la circulation et à la sécurité publique, art. 82a (mention des signaux «*Cédez — Yield*»); art. 156 (en cas de différence entre les versions française et anglaise, «*le texte français prévaudra*»).
- Règlement n° 1925 créant une Commission d'étude des problèmes de la circulation et du transport, art. 7 (nomination d'une personne de langue anglaise et d'une personne de langue française comme secrétaires de la Commission).
- Règlement n° 2519 concernant les guides touristiques, art. 4(c) (pour obtenir un permis de guide, le requérant doit parler «*le français et l'anglais couramment*»).
- Règlement n° 2572 concernant la prévention des incendies, art. 0-2 (en cas de différence le texte français doit prévaloir); arts. 5-7 et 8-3 (affiches portant l'inscription «*Sortie*» ou «*Exit*»); arts. 10-11 (affiches bilingues aux garages portant l'inscription «*Défense de Fumer — No Smoking*» et «*Arrêtez le moteur durant le remplissage — Stop motor during filling*»).
- Règlement n° 2745 concernant les auto-taxis, art. 4 (relatif à la plaque portant une inscription bilingue fixée à l'intérieur du véhicule); art. 18 (connaissance des deux langues).

Charte de la ville de Roberval, Loi amendant la, S.Q. 1916, c. 54, art. 4 («*Le conseil pourra, par règlement, déterminer que les avis publics, avis spéciaux, règlements, résolutions ou autres ordonnances du conseil ne seront publiés et affichés que dans une seule langue*»).

Chemins de fer, Loi des, S.R.Q. 1964, c. 290, art. 154 (affichage du tarif en français et en anglais).

Chimistes professionnels, Loi des, S.R.Q. 1964, c. 265, art. 9 («*Un candidat a le choix de subir l'examen en anglais ou en français*»).

Cinéma, Loi du, S.R.Q. 1964 c. 55.

- Règlement sur les cinémas et les ciné-parcs (1968) 100 *Gazette officielle du Québec* 6739 (N° 50, 14-12-1968), art. 4 (un film cinématographique fait dans une langue autre que le français ou l'anglais est examiné par le Bureau avec l'assistance d'un interprète).

Cités et villes, Loi des, S.R.Q. 1964, c. 193, art. 2(2) (l'avis relatif à la modification d'une charte municipale doit être publié «*en français dans un journal français, et en anglais dans un journal anglais*» si le ministre des Affaires municipales l'exige); art. 362 («*L'avis public doit être rédigé en français et en anglais*»).

Code civil, art. 4 (copie authentique en français et en anglais des lois); art. 1571a (avis bilingue); arts. 1682c et 1682d (documents bilingues des chemins de fer); art. 2615 (interprétation du Code civil en fonction des versions anglaise et française).

- Règlements relatifs à la célébration du mariage civil (Voir l'article 134a du Code civil), (1969) 101 *Gazette officielle du Québec* 1520 (N° 10, 8-3-1969), art. 15 (la lecture de l'acte de publication de mariage par le protonotaire est faite en français ou en anglais selon la langue des parties contractantes).

Code de procédure civile, arts. 338, 339, 351, 352 et 371 (dispositions relatives à la langue des jurés); art. 305 (services d'un interprète); arts. 139, 594, 670, 671, 800, 891, 935, 938 (dispositions relatives aux avis bilingues).

Code municipal, art. 127 (l'usage du français ou de l'anglais au conseil); art. 128 (les procédures municipales sont rédigées dans l'une ou l'autre langue); art. 129 (les avis doivent être donnés dans les deux langues); arts. 130-131a (le ministre des Affaires municipales peut, sur demande, prescrire que les avis soient donnés dans une seule langue et il peut révoquer un tel décret); art. 339 (l'avis spécial écrit est rédigé dans la langue du destinataire si sa langue est le français ou l'anglais).

Code de la route, S.R.Q. 1964, c. 231, art. 44(2) 2(d) (affiche sur autobus d'écoliers: «*écoliers*» ou «*school bus*»).

- Règlements concernant les écoles de conduite, (1963) 95 *Gazette officielle du Québec*, 3274 (N° 28, 13-7-1963), art. 4-1(c) (le véhicule servant à l'instruction doit être muni d'un panneau portant les inscriptions — «*Auto-école — Élève au volant*», «*Driving School car — Student driver*»).

Code du travail, S.R.Q. 1964, c. 141, art. 51 (chaque partie peut exiger que la convention collective soit rédigée en français et en anglais).

- Règlement concernant la nomination et la rémunération des commissaires-enquêteurs et des enquêteurs, (1969) 101 *Gazette officielle du Québec* 4896 (N° 37, 13-9-1969) («*Il est essentiel que les candidats au poste de commissaire-enquêteur possèdent une bonne connaissance ... de la langue anglaise*» et ceux pour le poste d'enquêteur doivent «*connaître la langue anglaise*»).

Communauté urbaine de Montréal, Loi de la, L.Q. 1969, c. 84, art. 299 (vente d'effets non réclamés par la Commission de transport — avis semblable à celui prévu par l'article 594 du Code de procédure civile).

- Règlement N° XI de la Communauté urbaine de Montréal relatif à l'engagement et à la formation des policiers municipaux, art. 2 (il faut «*parler et écrire le français et l'anglais*» pour devenir policier).

Compagnies, Loi des, S.R.Q. 1964, c. 271, art. 31 (nom français, anglais ou bilingue).

Compagnies de gaz, d'eau et d'électricité, Loi des, S.R.Q. 1964, c. 285, art. 4 (l'affichage des avis en langue française et en langue anglaise).

Corporation des psychologues de la province de Québec, Loi concernant la, S.Q. 1962, c. 88.

- Règlements de la Corporation des psychologues de la province de Québec, art. I (le texte français est officiel pour toutes «*transactions officielles de la Corporation*», sauf que les deux textes du Code de déontologie sont officiels; toute motion aux réunions du conseil et aux assemblées est «*formulée de la façon équivalente dans les deux langues*»); art. VII (6) (prévoit la création d'un Bureau de discipline dont le président et au moins deux des cinq membres doivent parler la langue du prévenu).

Corporation de Victoriaville, Loi érigeant en municipalité de ville la, S.Q. 1936, c. 8, art. 13 (l'avis public en français est suffisant).

Dentistes, Loi des, S.R.Q. 1964, c. 253, art. I (en cas de différence le texte français prévaut); art. 153 (le comité conjoint des dentistes et de l'Association des techniciens dentaires doit être composé des membres de langue française et de langue anglaise).

Électorale, Loi, S.R.Q. 1964, c. 7, art. 54(2) (l'insigne porté par les énumérateurs est le suivant: «*Énumérateur Québec Enumerator*»); art. 251 (droit à un interprète quand le scrutateur ne parle pas la langue de la personne qui se présente); art. 252 (sauf les dispositions dans l'art. 251, «*nul n'est autorisé à se servir dans les bureaux de scrutin d'une langue autre que le français ou l'anglais*»).

Enseignement privé, Loi de l', S.R.Q. 1964, c. 244

- Règlements de la loi de l'enseignement privé, (1969) 101 *Gazette officielle du Québec* 3860, (N° 28, 12-7-1969), art. 14 («*Dans tout texte de publicité ou de réclame, il est obligatoire d'indiquer la langue dans laquelle le cours et le matériel sont rédigés à moins que ceux-ci ne soient rédigés dans la langue qui sert de véhicule audit texte*»).

Établissements industriels et commerciaux, Loi des, S.R.Q. 1964, c. 150.

- Règlements relatifs à la manutention et à l'usage des explosifs, (1969) 101 *Gazette officielle du Québec*, 7242 (N° 52, 27-12-1969), art. 17

(le candidat au «certificat de boutefeux» doit «démontrer une connaissance suffisante du français ou de l'anglais parlé et écrit»); art. 30 (l'inscription requise sur les véhicules transportant la matière explosive peut être en français ou en anglais).

Fabriques, Loi des, S.Q. 1965, c. 76, art. 1(e) et (n) (une «desserte linguistique» ou une «paroisse linguistique» est un territoire érigé canoniquement «pour les fins de la religion catholique romaine au bénéfice d'un groupe de fidèles parlant habituellement la même langue»).

Fonction publique, Loi de la, S.Q. 1965, c. 14 (telle que modifiée par L.Q. 1969, c. 14), art. 35 (pour être nommé à titre permanent un fonctionnaire ou un ouvrier doit, entre autres connaissances, posséder «une connaissance d'usage de la langue française»).

- «Règlement concernant les termes et conditions de travail des conseillers juridiques et des procureurs de la couronne», (1966) 98 *Gazette officielle de Québec* 5790 (N° 45, 12-11-1966) art. 4 (pas de discrimination, entre autres, à cause de la langue d'un conseiller juridique ou d'un procureur de la couronne).
- Règlement de la Commission de la fonction publique relatif aux agents de la gestion du personnel, (1966) 98 *Gazette officielle du Québec* 1594 (N° 10, 12-3-1966), section IIIB (une des conditions d'admissibilité aux examens est de «maîtriser la langue française»).
- Règlement de la Commission de la fonction publique concernant le personnel de direction des Écoles normales, des institutions d'enseignement spécialisé y compris les écoles moyennes d'agriculture et l'école des pêcheries et des instituts de technologie agricole, (1966) 98 *Gazette officielle du Québec* — 5083 (N° 39, 1-10-1966), section III (3) (une des conditions d'éligibilité aux examens est de «maîtriser la langue française»).
- Règlements relatifs à la classification du personnel de cinquante-sept corps de fonctionnaires de la fonction publique du Québec, (1967) 99 *Gazette officielle du Québec*, pp. 1853 à 2072 (N° 11A, 23-3-1967) (une des conditions d'admissibilité aux examens des acheteurs (p. 1855), des agents d'évaluation technique (p. 1867), des péagers (p. 1987) et des agents de la protection contre les incendies (p. 1877) est de «connaître la langue anglaise»; pour les autres cinquante-trois corps listés, l'exigence est de «connaître la langue anglaise lorsque nécessaire».

[D'autres exigences linguistiques de même ordre se trouvent aux règlements 458 à 466 (Arrêté en conseil N° 1884 de 1966) et aux règlement de 1967 (Arrêté en conseil N° 1104 de 1967). Cependant, la connaissance des langues anglaise et française est obligatoire

pour les bibliothécaires tandis que les traducteurs doivent avoir une «*connaissance approfondie de la langue française et de la langue anglaise*»].

- Règlement de la Commission de la fonction publique concernant les auxiliaires en informatique (1967) 99 *Gazette officielle du Québec* 4843 (N° 31, 5-8-1967) (une des conditions spécifiques d'admissibilité aux examens est de «*connaître la langue anglaise lorsque nécessaire*»).
- Règlement de la Commission de la fonction publique concernant le statut particulier du personnel de maîtrise des ouvriers, (1968) 100 *Gazette officielle du Québec* 457 (N° 3, 20-1-1968) (une des conditions d'admissibilité aux examens est de «*connaître la langue anglaise lorsque nécessaire*»).
- Règlement de la Commission de la fonction publique concernant le statut particulier des attachés d'administration, (1968) 100 *Gazette officielle du Québec* 752 (N° 4, 27-1-1968) (une des conditions spécifiques d'admissibilité aux examens est de «*connaître la langue anglaise lorsque nécessaire*»).

Huissiers, Loi des, S.R.Q. 1964, c. 28, art. 1 (pour être admis comme huissier à la Cour supérieure le candidat doit pouvoir «*écrire suffisamment l'orthographe [sic] de la langue française ou de la langue anglaise*»).

Hygiène publique, Loi de l', S.R.Q. 1964, c. 161.

- Règlements provinciaux d'hygiène [relatifs aux établissements industriels] (1944) 76 *Gazette officielle du Québec* 1230 (N° 22, 3-6-1944), chapitre XI, section IV, art. 47 (affichage des mesures en français et en anglais relatives aux masques utilisés dans l'industrie); art. 49 (étiquetage dans l'une ou l'autre langue).
- Règlements relatifs aux animaux morts ou incurables (1963) 95 *Gazette officielle du Québec* 5599 (N° 48, 30-11-1963), art. 13 (l'inscription sur tout emballage ou tout contenant renfermant des viandes impropres à la consommation humaine peut être en français ou en anglais).

Infirmières et infirmiers, Loi des, S.R.Q. 1964, c. 252 (telle que modifiée par L.Q. 1969, c. 70), art. 27 (au moins une des examinatrices doit être de langue française et au moins une doit être de langue anglaise); art. 35 (l'un des bureaux d'examinatrices est composé de membres de langue française et l'autre de membres de langue anglaise).

- Règlement n° 3 de l'Association des infirmières et infirmiers de la province de Québec prévoit l'élection de deux vice-présidents de langue française et deux de langue anglaise.

Ingénieurs, Loi des, S.R.Q. 1964, c. 262, art. 13 (les examens sont tenus en français ou en anglais au choix du candidat).

Ingénieurs forestiers, Loi des, S.R.Q. 1964, c. 264.

- Règlements de la Corporation des ingénieurs forestiers, art. XVIIa (le candidat admis à l'étude de la profession doit *«prouver à la satisfaction du Conseil qu'il peut parler et écrire correctement l'une des deux langues du pays et qu'il peut parler l'autre couramment»*).

Instruction publique, Loi de l', S.R.Q. 1964, c. 235 (modifiée par S.Q. 1969, c. 9), art. 203 (programmes d'études en langue française avec choix de suivre un programme de langue anglaise où l'élève doit être assuré d'une connaissance d'usage de la langue française); arts 301, 305, 306 (dispositions relatives à la langue des avis publics et spéciaux).

- Règlement relatif à l'inscription des élèves et à l'obligation qui incombe aux commissaires ou aux syndics d'écoles de donner les cours d'études en langue anglaise à chaque enfant dont les parents ou les personnes qui en tiennent lieu en font la demande, (1970) 102 *Gazette officielle du Québec* 1530 (N° 10, 7-3-1970).

Interprétation, Loi d', S.R.Q. 1964, c. 1, art. 14 (le greffier de la Législature doit fournir une copie certifiée de la loi en français et une autre copie en anglais).

Jurés, Loi des, S.R.Q. 1964, c. 26 (telle que modifiée par L.Q. 1971, c. 15), art. 3(e) (les personnes qui *«ne parlent pas couramment le français ou l'anglais»* sont inhabiles à remplir les fonctions de juré); arts. 24 à 32 (dispositions relatives au jury mixte en matière criminelle).

Licences, Loi des, S.R.Q. 1964, c. 79, art. 112 (tout prêteur sur gage doit se procurer et tenir un registre en français ou en anglais).

Médecins vétérinaires, Loi des, S.R.Q. 1964, c. 259, art. 36 (les langues française et anglaise sont les seules *«langues officielles»* lors des examens).

- Règlements du Collège des médecins vétérinaires de la province de Québec, art. 37 (une connaissance de la langue seconde, l'anglais ou le français selon le cas, est exigée du candidat pour l'admission à l'étude de la profession et il doit subir un examen oral dans la langue seconde d'une durée *«d'environ cinq minutes»*).

Médicale, Loi, S.R.Q. 1964, c. 249, art. 1 (en cas de différence le texte français de la loi prévaut); art. 40(1) (disposition relative à la langue des examinateurs).

Ministère des Affaires culturelles, Loi du, S.R.Q. 1964, c. 57 (telle que modifiée par S.Q. 1969, c. 9) art. 14 (les devoirs de l'Office de la langue française pour promouvoir la langue française); art. 14a (l'Office de la langue française peut entendre toute plainte de tout employé à l'effet que son droit à l'usage de la langue française comme langue de travail n'est pas respecté et il peut faire des recommandations).

- Règlements de l'Académie de musique de Québec concernant les concours du Prix d'Europe, (1962) 94 *Gazette officielle de Québec*, 4 (N° 38, 22-9-1962), art. 6 (publication de la liste des pièces imposées en français et en anglais dans la *Gazette officielle de Québec*).

Ministère du Revenu, Loi du, S.R.Q. 1964, c. 66, art. 20 (le ministre peut imprimer des lois ou des parties de lois «*dans les langues française et anglaise, ou dans l'une ou l'autre de ces langues*»).

Ministère de l'Éducation, Loi du, S.R.Q. 1964, c. 233 (telle que modifiée par S.Q. 1969, c. 9) art. 2 (le ministre doit prendre les dispositions nécessaires pour que les élèves qui suivent un programme en langue anglaise acquièrent une connaissance d'usage de la langue française).

- Règlement N° 6, relatif à l'enseignement du français à certains élèves de l'élémentaire et du secondaire, (1971) 103 *Gazette officielle du Québec*, 1416, (N° 5, 30-1-1971) (diverses dispositions pour mettre en vigueur l'article 2 de la loi).

Ministère de l'Immigration, Loi du, S.Q. 1968, c. 68 (telle que modifiée par S.Q. 1969, c. 9) art. 3e (le ministre doit prendre, de concert avec le ministre de l'Éducation, les dispositions nécessaires pour que les immigrants acquièrent une connaissance de la langue française et qu'ils fassent instruire leurs enfants dans des institutions d'enseignement où les cours sont donnés en langue française).

Optométristes et opticiens, Loi des, S.R.Q. 1964, c. 257, art. 51 (en cas de différence le texte français de la loi prévaut).

Préparation des produits de la mer, Loi de la, S.R.Q. 1964, c. 211.

- Règlement concernant la préparation et l'inspection du poisson, (1963) 95 *Gazette officielle du Québec*, 2704 (N° 23, 8-6-1963) art. 7^e(1) (chaque boîte de conserve de poisson doit être étiquetée ou marquée «*en anglais et/ou en français*»).

Produits agricoles et des aliments, Loi des, S.R.Q. 1964, c. 119.

- Règlements sur les fruits et légumes frais. (1966) 98 *Gazette officielle du Québec*, 3823 (N° 28, 16-7-1966), art. 22 (toute inscription doit être rédigée «en français ou en français et en anglais»).
- Règlement sur les aliments. (1967) 99 *Gazette officielle du Québec*, 2507 (N° 15, 15-4-1967), art. 38 (dans toute inscription, l'usage du français est obligatoire).

Produits laitiers et de leurs succédanés, Loi des, S.Q. 1969, c. 45.

- Règlement sur les succédanés de produits laitiers. (1970) 102 *Gazette officielle du Québec* 1332 (N° 8, 21-2-1970), art. 46 («Dans toute inscription, l'usage du français est obligatoire et aucune inscription rédigée en une autre langue ne doit l'emporter sur celle rédigée en français»).
- Règlement relatif aux normes de composition et à l'emploi de vitamines dans les produits laitiers. (1970) 102 *Gazette officielle du Québec* 1441 (N° 9, 28-2-1970), art. 18 («Dans toute inscription relative à un produit laitier, l'usage du français est obligatoire et aucune inscription rédigée en une autre langue ne doit l'emporter sur celle rédigée en français»).

Promouvoir la langue française au Québec, Loi pour, S.Q. 1969, c. 9 (cette loi a modifié d'autres lois, donc ses dispositions se trouvent indexées dans la *Loi du ministère de l'Éducation*, la *Loi d'instruction publique*, la *Loi du ministère de l'Immigration* et la *Loi du ministère des Affaires culturelles*).

Protection du consommateur, Loi de la, L.Q. 1971, c. 74, art. 4 (le contrat doit être rédigé en français mais le consommateur peut exiger qu'il soit rédigé en anglais; le contrat peut être rédigé en anglais et en français); art. 65 (la garantie doit être rédigée dans la langue du contrat).

Régie des services publics, Loi de la, S.R.Q. 1964, c. 229.

- Règles de pratique, art. 8 (les parties peuvent utiliser le français ou l'anglais dans leurs procédures écrites).

Règlements relatifs aux demandes de soumission

- concernant les travaux publics. (1961) 93 *Gazette officielle du Québec* 139 (N° 2, 14-1-1961) Annexe B, art. 4 (avis en français et en anglais); voir aussi, (1961) 93 *Gazette officielle de Québec* 590 (N° 4, 28-1-1961) à l'annexe B, art. 4.
- concernant les travaux de voirie. (1961) 93 *Gazette officielle du Québec* 2708 (N° 23, 10-6-1961). Annexe B, art. 4 (avis en français et en anglais).

- concernant les subventions pour fins de constructions, (1961) 93 *Gazette officielle du Québec* 5283 (N° 50, 16-12-1961), art. 5 (avis en français et en anglais).
- concernant les projets commémoratifs du centenaire de la Confédération, (1964) 96 *Gazette officielle du Québec* 1889 (N° 13, 28-3-1964), art. 15 (avis en français et en anglais).
- concernant les plans et devis pour des travaux publics, (1970) 102 *Gazette officielle du Québec* 1324 (N° 8, 21-2-1970) (textes en français et en anglais des documents accompagnant toute demande de soumission d'un sous-traitant pour lesquels des cautionnements sont exigés).

Sécurité dans les édifices publics, Loi de la, S.R.Q. 1964, c. 149, art. 30 (affiche aux sorties: «*sortie*» ou «*exit*»); art. 31 (avis en français et en anglais relatif aux renseignements en cas d'incendie).

Statuts refondus, Loi des, S.Q. 1965, c. 9, art. 8 («*au cas de divergence entre les versions française et anglaise des Statuts refondus sur un point quelconque, le texte le plus compatible avec les lois refondues prévaudra*»).

Sténographes, Loi des, S.R.Q. 1964, c. 30, art. 3 (la compétence des sténographes est établie par les examens subis devant un comité du Barreau de chaque district).

- Code des règlements du barreau de Montréal (1968), art. 108 (l'examen de sténographie peut être subi en français ou en anglais ou dans les deux langues).

Terrains de congrégations religieuses, Loi des, S.R.Q. 1964, c. 306, art. 13 (avis en langue française et en langue anglaise dans la *Gazette officielle du Québec* et dans un ou plusieurs journaux).

Travailleurs sociaux professionnels du Québec, Loi des, S.Q. 1959/60, c. 178

- Règlement N° 2 de la Corporation des travailleurs sociaux professionnels de la province de Québec prévoit des chapitres de langue française et de langue anglaise.

Tempérance, Loi de, S.R.Q. 1964, c. 45, art. 9(1) (le bulletin des électeurs est semblable à celui adopté par la *Loi électorale*, S.R.Q. 1964, c. 7 qui est bilingue).

Vente des effets non réclamés, Loi de la, S.R.Q., 1964, c. 316, art. 9 (publication des avis bilingues par des marchands de fourrures).

Annexe B***Directive administrative du Gouvernement du Québec
concernant la langue des communications***

Attendu qu'il est opportun d'uniformiser l'usage des deux langues officielles par les ministères et organismes du gouvernement dans leurs relations avec l'extérieur;

Attendu que la présente directive est une règle de procédure administrative et doit être considérée comme un élément de la politique linguistique générale du gouvernement;

Attendu que la présente directive n'affecte pas la réglementation qui pourrait exister concernant le caractère de certaines publications gouvernementales (v.g. rapports annuels, manuels de directives administratives, etc.)

En conséquence, il est convenu:

1— que toutes les communications, verbales ou écrites, de l'administration québécoise avec le résident québécois doivent avoir lieu dans la langue de celui-ci;

2— que les communications avec les corps publics québécois et avec les sociétés qui font des affaires au Québec, doivent être en français;

3— que les communications avec le gouvernement canadien doivent être en français;

4— que les communications avec les gouvernements provinciaux doivent être en français;

5— que toutes les autres communications de l'administration québécoise doivent se faire dans la langue du correspondant ou de l'interlocuteur.

[Publié dans *le Devoir* du 20 novembre 1970 à la p. 4. Cette directive fut envoyée à tous les ministres, sous-ministres et présidents des organismes paragouvernementaux.]



ATELIERS DES SOURDS (Montréal) Inc.
85 ouest, rue DeCASTELNAU - MONTRÉAL 327



Créée en décembre 1968, la *Commission d'enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques* (couramment identifiée comme la *Commission Gendron*) a remis son rapport au Gouvernement du Québec le 31 décembre 1972.

Le *Livre deuxième* de ce rapport, qui fait l'objet du présent volume, est considéré par les commissaires comme le couronnement de tout l'édifice de la politique linguistique qu'ils ont élaborée. Il détermine les droits de la majorité et ceux de la minorité, il définit les pouvoirs législatifs du Québec en matière de langue et établit les principes qui doivent guider un gouvernement démocratique dans l'usage de ses pouvoirs. Les appendices revêtent une importance particulière puisqu'ils livrent les opinions des experts qui ont guidé la Commission dans sa réflexion.

Le premier et le troisième livres du rapport, publiés en deux autres volumes, s'intitulent respectivement «*La langue de travail*» et «*Les groupes ethniques*».

Bibliothèque de l'Assemblée nationale



QL A 026 479



l'Éditeur officiel du Québec