
L'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et la langue

José Woehrling*

Malgré l'attention particulière portée à la question linguistique dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'article 15(1) enchâsse le droit à l'égalité et l'interdiction de la discrimination, sans prohiber expressément les distinctions fondées sur la langue. Les tribunaux devront par conséquent se montrer plus sévères à l'égard des distinctions fondées sur un des motifs énumérés à l'article 15(1) que dans le cas d'un motif qui n'est pas expressément mentionné, comme la langue. Le niveau de contrôle judiciaire utilisé dans ce dernier cas dépendra de l'interprétation qui sera faite de l'article 15(1). L'auteur soutient qu'il y a trois interprétations possibles. La première théorie, « moniste », donne priorité au droit à l'égalité et conduit au contrôle « minimal » d'une loi qui définit des motifs de distinction fondés sur la langue. La deuxième théorie, également « moniste », fait de l'article 15(1) une simple norme anti-discriminatoire et conduit au contrôle « intermédiaire ». La troisième théorie, « dualiste », fait du droit à l'égalité et l'interdiction de la discrimination des fondements indépendants l'un de l'autre et d'égale importance, et conduit à un niveau de contrôle variable. L'auteur estime que l'adoption de cette dernière interprétation est souhaitable.

Section 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* speaks directly to equality and freedom from discrimination, without specifically referring to distinctions based on language. As a result, the courts should be more severe in dealing with incidents of discrimination on the basis of the enumerated heads of section 15(1) than those, such as language, not expressly mentioned. The extent to which courts may nevertheless intervene in the latter cases will depend upon the interpretation of section 15(1) as a whole. The author contends that there are three possible approaches. The first, a "monist theory", gives priority to the right to equality, and would lead to minimal scrutiny of laws which distinguish according to language. The second theory, also "monist", would give precedence to the notion of antidiscrimination and would lead to an "intermediate" level of scrutiny. The third theory, a "dualist" one, would accord equal and independent importance to the two concepts, and would lead to a variable level of scrutiny. The author argues for the adoption of the third theory.

*Professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal.

*Sommaire***Introduction****I. La portée de l'article 15(1) en matière linguistique**

- A. *L'interprétation de l'article 15(1) comme fondement du droit à l'égalité (théorie moniste numéro 1)*
- B. *L'interprétation de l'article 15(1) comme disposition anti-discriminatoire (théorie moniste numéro 2)*
- C. *L'interprétation de l'article 15(1) comme contenant à la fois le droit à l'égalité et l'interdiction de la discrimination (théorie dualiste)*

II. L'omission de la « langue » comme motif de discrimination expressément prohibé**Conclusion**

* * *

La question linguistique a joué un rôle essentiel à l'occasion de l'élaboration et de l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*.¹ C'est par référence à elle que s'expliquent, en grande partie, les attitudes et les décisions des principaux protagonistes qui ont participé au processus de « rapatriement » à l'origine de la nouvelle constitution.

C'est ainsi que, si le gouvernement fédéral a pris l'initiative, en octobre 1980, de faire modifier la constitution canadienne, c'est pour remplir la promesse faite aux Québécois, à l'occasion du référendum tenu au mois de mai précédent, de renouveler le système fédéral canadien pour satisfaire certaines des revendications traditionnelles du Québec, notamment celles relatives à la protection de la langue et de la culture françaises, qui ont toujours occupé un rang primordial.

De même, si le gouvernement du Québec a en définitive refusé de participer à l'accord constitutionnel du 5 novembre 1981, faisant ainsi du

¹*Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.)*, 1982, c. 11, annexe B. La *Charte canadienne des droits et libertés* [ci-après : la *Charte*] constitue la Partie I (art. 1-34) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Québec la seule province à s'opposer à l'adoption de la nouvelle constitution, c'est en bonne partie parce qu'il considérait comme inacceptables certaines dispositions linguistiques contenues dans la *Charte*, notamment l'article 23, qui a pour effet de diminuer la compétence traditionnelle des provinces dans le domaine de l'éducation.

D'autres provinces, sans afficher aussi ouvertement que l'ont fait le Québec et le gouvernement fédéral leurs préoccupations dans ce domaine, ont néanmoins accordé une importance considérable à la question linguistique. Il en va ainsi, d'après ce qu'on a pu en savoir, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba et de l'Ontario. Dans le cas de cette dernière province, le désir de *ne pas être soumise* à certaines obligations constitutionnelles en matière linguistique semble avoir joué un rôle essentiel dans les attitudes qu'elle a adoptées.

À l'occasion du débat qui a entouré l'adoption de la constitution de 1982, le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux se sont surtout préoccupés du sort et des intérêts des deux principaux groupes linguistiques du pays, et plus particulièrement des collectivités qui sont en situation minoritaire : les francophones vivant hors du Québec, d'une part, et les anglophones qui résident dans cette province, de l'autre. La diversité linguistique et culturelle du Canada ne se limite cependant pas à la coexistence d'une majorité anglophone et d'une minorité francophone, laquelle est, à son tour, majoritaire à l'intérieur du Québec. On le sait, des minorités culturelles importantes, dont la langue d'origine n'est ni l'anglais, ni le français, vivent dans certaines parties du pays, et sont plus nombreuses, dans le cas de certaines provinces à majorité anglophone, que la minorité francophone.² À défaut de pouvoir compter sur les divers gouvernements pour défendre leurs intérêts, ces « autres » communautés culturelles et linguistiques sont donc intervenues dans le débat constitutionnel par le biais de leurs associations et ont revendiqué à leur tour certains droits qu'elles désiraient voir inscrits dans la constitution.³ Dans une certaine mesure, bien limitée il est vrai, elles ont obtenu satisfaction.

²Ainsi, par exemple, même si les francophones formaient la majorité de la population du Manitoba lorsque la province fut créée en 1870, ils ne constituent plus à l'heure actuelle que six pour cent de la population provinciale. Ils sont par conséquent moins nombreux que les Manitobains d'origine germanique ou ukrainienne. Voir J.E. Magnet, « The Charter's Official Languages Provisions : The Implications of Entrenched Bilingualism » (1982) 4 Sup. Ct L. Rev. 163 à la p. 165.

³On peut notamment retracer les interventions des associations représentant les minorités ethniques dans le processus constitutionnel en consultant : Canada, *Délibérations du Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes sur la Constitution du Canada* (Présidents : H. Hays, S. Joyal) (9 décembre 1980) [ci-après : *Délibérations du Comité spécial mixte*].

L'importance accordée à la question linguistique à l'occasion du processus constitutionnel et la diversité des attentes et des exigences qui ont été manifestées dans ce domaine expliquent la place réservée aux dispositions relatives au statut des langues et aux droits linguistiques dans la nouvelle constitution. Même parmi les pays qui connaissent, comme le Canada, une situation de plurilinguisme, il en est peu dont la constitution contienne des dispositions aussi nombreuses et aussi complexes dans ce domaine que la *Loi constitutionnelle de 1982*.⁴ Celles-ci se rangent en deux catégories, de nature et d'une importance très inégales : la première contient les dispositions consacrées au statut des deux « langues officielles » au Canada, l'anglais et le français, ainsi qu'aux droits à l'instruction dans la langue de la minorité dont jouissent les minorités francophones hors Québec d'une part et la minorité anglo-québécoise de l'autre ;⁵ la deuxième catégorie comprend les dispositions susceptibles éventuellement de fonder certains droits s'attachant à l'usage d'une langue autre que le français et l'anglais.⁶

⁴Pour une comparaison de la *Loi constitutionnelle de 1982* avec les constitutions d'autres pays plurilingues, voir G. Turi, *Les dispositions juridico-constitutionnelles de 147 États en matière de politique linguistique* (1977) ; et A. Verdoodt, *La protection des droits de l'homme dans les États plurilingues* (1973).

⁵Il s'agit des articles 16 à 20 et 23 de la *Charte* auxquels il faut ajouter l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3 et l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* (Can.), 33 Vict., c. 3. Les deux dernières lois font partie, au même titre que la *Loi constitutionnelle de 1982* de la Constitution du Canada. Voir *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra*, note 1, art. 52(2).

⁶Voir la *Charte*, articles 25 et 27 (en combinaison avec l'article 22). En autant que les droits traditionnels des autochtones portent sur la langue et la culture, ils sont préservés par le biais de l'article 25. Quant à l'article 27, étant donné qu'il s'agit d'une disposition interprétative, elle ne confère directement, par son seul effet immédiat, aucun droit supplémentaire. Cependant, les tribunaux pourront lui donner une importance réelle en l'appliquant en combinaison avec d'autres dispositions de la *Charte*. Ainsi, le professeur Magnet, *supra*, note 2 à la p. 174, estime que le principe du « multiculturalisme », qui est consacré par l'article 27 de la *Charte*, « casts an onus on all Canadian governments to deliver a wide range of services in the language of the recipient or to insure availability of qualified translators at public expense ». W.S. Tarnopolsky, « The Equality Rights » dans W.S. Tarnopolsky & G.-A. Beaudoin, éd., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1982) 395 aux pp. 437-42 considère lui aussi que l'article 27 peut entraîner des droits véritables en faveur des minorités canadiennes autres que les minorités de langues officielles. Par contre, le professeur Hogg, dans P.W. Hogg, *Canada Act 1982 : Annotated* (1982) à la p. 72, pense que « s. 27 may prove to be more of a rhetorical flourish than an operative provision ».

Dans *R. c. Videoflicks Ltd* (1984), 5 O.A.C. 1 à la p. 25, 15 C.C.C. (3d) 353, la Cour d'appel de l'Ontario, en interprétant l'article 2(a) de la *Charte* (liberté de conscience et de religion) à la lumière de l'article 27 a conclu que

a law infringes freedom of religion, if it makes it more difficult and more costly to practice one's religion [. . .], such a law does not help to preserve and certainly does not serve to enhance or promote that part of one's culture which is religiously based.

Par conséquent, le tribunal a considéré que l'article 27 exige une certaine *égalité de traitement* entre les divers groupes culturels du Canada.

Alors que les articles de la constitution relatifs aux « langues officielles » créent des droits généralement précis et détaillés et, par conséquent, immédiatement applicables, ceux qui ont trait aux « autres » cultures présentent plutôt un caractère vague et ambigu qui rend difficile l'évaluation de leur importance réelle tant qu'ils n'auront pas été interprétés et concrétisés par les tribunaux.

Mais, dans les deux cas, les droits linguistiques qui découlent de ces dispositions, ou qui sont susceptibles d'en découler dans le cas des articles relatifs aux minorités culturelles autres que celles de langue française ou anglaise, entrent dans la catégorie des droits « collectifs ». En effet, ils ont pour objet et pour finalité de permettre à une collectivité particulière, définie par la langue ou, plus généralement, par la culture, de conserver et d'épanouir sa spécificité. En outre, les individus qui sont appelés à bénéficier des droits en cause pourront les invoquer dans la mesure où ils sont membres de la collectivité concernée. Dans les deux cas, également, les droits qui sont prévus en faveur des minorités culturelles et linguistiques constituent la mise en oeuvre de mesures spéciales, qui placent les groupes en cause dans une situation particulière par rapport au reste de la population et qui, en quelque sorte, semblent les privilégier. En réalité, on le sait bien, ce

La même approche a été adoptée par la Cour provinciale d'Alberta dans *R. c. W.H. Smith* (1983), [1983] 5 W.W.R. 235 à la p. 258, 26 A.L.R. (2d) 238, où Monsieur le juge Jones a considéré que

[i]n requiring the Charter to be interpreted in a manner consistent with the preservation and the enhancement of the multicultural heritage of Canadians, the section [l'article 27], in my opinion, directs that a measure of equal treatment be dispensed when interpreting any problem involving the Charter and a problem involving multicultural considerations.

Dans cette affaire, la cour a également considéré que la religion fait partie de la culture et, par conséquent, qu'interprété à la lumière de l'article 27, l'article 2(a) de la *Charte* interdit à l'État de privilégier indûment les croyances de certains citoyens au détriment de la liberté religieuse d'autres. Cependant, à cause de la tradition chrétienne du Canada et parce que l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* garantit des droits particuliers à certains groupes confessionaux, l'égalité de traitement exigée par l'article 27 ne peut être considérée comme absolue.

Enfin, dans *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 47 O.R. (2d) 1 à la p. 39, 10 D.L.R. (4th) 491, la Cour d'appel de l'Ontario a considéré que

[i]n the light of s. 27, s. 23(3)(b) should be interpreted to mean that minority language children must receive their instruction in facilities in which the educational environment will be that of the linguistic minority. Only then can the facilities reasonably be said to reflect the minority culture and appertain to the minority.

Considérant le caractère indissociable de la langue et de la culture, il n'est pas étonnant de voir le tribunal faire appel à l'article 27 pour renforcer la signification de l'article 23 qui garantit les droits à l'instruction dans la langue de la minorité.

traitement particulier est rendu nécessaire en raison de la situation minoritaire des collectivités considérées, et permet aux membres de ces collectivités d'espérer bénéficier d'une égalité réelle — et non pas simplement formelle — avec le reste de la population.

Étant donné ce souci des rédacteurs de la constitution pour la protection des droits linguistiques, il est intéressant de constater qu'il ne les a pas conduits, en rédigeant l'article 15(1) consacré au droit à l'égalité et à l'interdiction de la discrimination, à prohiber spécifiquement les distinctions fondées sur la langue.⁷

Pourtant, on reconnaît traditionnellement que l'interdiction de la discrimination dirigée contre les membres d'un groupe particulier, à cause de leur appartenance à celui-ci, constitue un *complément* nécessaire, voire un *prérequis*, par rapport aux mesures spéciales destinées à protéger le groupe en cause en le faisant bénéficier d'un traitement particulier. En d'autres termes, la première condition à remplir pour garantir le droit de tout individu de parler sa langue, de conserver sa culture ou de pratiquer sa religion consiste à appliquer strictement les principes d'égalité et de non-discrimination, de façon à placer les membres de la minorité sur un pied de parfaite égalité avec les individus appartenant à la majorité.⁸ La deuxième condition, tout aussi importante il est vrai, exige que la minorité puisse conserver et perpétuer ses traditions et ses caractéristiques propres. C'est là que des mesures spéciales de protection qui permettent à la minorité d'avoir ses propres institutions culturelles, éducatives et, le cas échéant, religieuses se révèlent nécessaires.⁹

⁷Par contre, l'article 15(1) prohibe expressément les discriminations fondées sur l'« origine nationale ou ethnique » (nos soulignés).

⁸Voir, par exemple, F. Capotorti, *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities* (1979) Doc. N.U. E/CN4/Sub. 2/384/Rev. 1 à la p. 41 :

[P]revention of discrimination, on the one hand, and the implementation of special measures to protect minorities, on the other, are merely two aspects of the same problem : that of defending fundamental human rights.

et à la p. 54 :

[T]he effective implementation of the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion and to use their own language requires, as an absolute precondition, that the principles of equality and non-discrimination be firmly established in the society in which those persons live.

⁹C'est ce que soulignait déjà la Cour Permanente de Justice Internationale dans son célèbre avis consultatif de 1935. Voir *Écoles minoritaires en Albanie* (6 avril 1935) Série A/B 64 C.P.J.I. 4 à la p. 17 :

L'idée qui est à la base des traités pour la protection des minorités est d'assurer à des groupes sociaux incorporés dans un État, dont la population est d'une race, d'une langue ou d'une religion autre que la leur, la possibilité d'une coexistence pacifique et d'une collaboration cordiale avec cette population, tout en gardant les

Le droit des minorités de réclamer tout à la fois la pleine égalité avec la majorité et la préservation de leur identité propre en bénéficiant de certaines institutions particulières, est aujourd'hui garanti par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, dont les articles 2(1) et 26 contiennent les principes d'égalité et de non-discrimination. L'article 27 reconnaît de plus le droit des minorités ethniques, religieuses et linguistiques « d'avoir [. . .] leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue ».¹⁰

caractères par lesquels ils se distinguent de la majorité et en satisfaisant aux exigences qui en découlent.

Pour atteindre ce but, deux choses surtout ont été considérées comme nécessaires et font l'objet des dispositions desdits traités.

Tout d'abord, assurer que les ressortissants appartenant à des minorités de race, de religion ou de langue se trouvent, à tous les points de vue, sur un pied de parfaite égalité avec les autres ressortissants de l'État.

En second lieu, assurer aux groupes minoritaires des moyens appropriés pour la conservation des caractères ethniques, des traditions et de la physionomie nationales.

Les deux choses sont d'ailleurs étroitement liées, car il n'y aurait pas de véritable égalité entre majorité et minorité si celle-ci était privée de ses propres institutions et partant obligée de renoncer à ce qui constitue l'essence même de sa vie en tant que minorité.

Pour une description du système de protection des minorités dans le cadre de la Société des Nations, voir Capotorti, *ibid.* aux pp. 16-26.

¹⁰*Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (en vigueur pour le Canada depuis le 19 août 1976) [ci-après : le *Pacte*]. Pour le texte, voir M. Lebel, F. Rigaldies & J. Woehrling, *Droit international public : Notes et documents*, 2e éd., t. 2 (1982) à la p. 857 et s. :

Article 2(1) : Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

Article 26 : Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

Article 27 : 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.

Le Canada a ratifié le *Pacte* en 1976. Il se trouve par conséquent dans l'obligation de mettre son ordre juridique interne en conformité avec les normes contenues au *Pacte*, dans la mesure du moins où leur effet sur son territoire en dépend.

Quant à l'article 27 du *Pacte*, il est mis en oeuvre en droit canadien par les dispositions de la constitution dont l'objet est de protéger les droits linguistiques et culturels des minorités.¹¹ Les articles 2(1) et 26 du document international trouvent évidemment leur contrepartie dans l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cependant, la liste des motifs expressément prohibés de discrimination de l'article 15(1) est moins complète que celle des articles correspondants du *Pacte* et, tel que souligné précédemment, la langue, en particulier, fait défaut à cette liste. Sans doute l'énumération à l'article 15(1) de la *Charte* n'est-elle pas limitative et les tribunaux pourront-ils par conséquent interpréter cet article 15(1) de façon à lui faire interdire également les distinctions non raisonnables et non justifiables, fondées sur un motif non mentionné, comme la langue. Mais il n'en reste pas moins que le *Pacte* aurait été mis en oeuvre de façon plus satisfaisante si l'article 15(1) visait lui aussi tous les motifs de discrimination expressément prohibés par l'instrument international.¹² En effet, on admet généralement que les tribunaux canadiens, lorsqu'ils commenceront à appliquer l'article 15(1),¹³ devront se montrer plus sévères à l'égard des distinctions et classifications — contenues par exemple dans une loi — qui sont fondées sur un des motifs énumérés que dans les cas où il s'agit d'un motif qui n'est pas mentionné de façon expresse, comme la langue. Ainsi, le degré de protection offert par la *Charte*, quant à l'égalité linguistique, risque fort d'être moindre que les garanties qui existent en vertu des articles 2(1) et 26 du *Pacte*.

¹¹En fait, les dispositions de la constitution canadienne relatives aux droits des minorités anglophone et francophone (voir *supra*, note 5) peuvent être considérées comme beaucoup plus généreuses que ce qui est requis par l'article 27 du *Pacte*. À l'inverse, dans le cas des autres minorités linguistiques et culturelles (voir *supra*, note 6), la *Charte* ne va guère au-delà de la norme minimale exigée par le *Pacte*, selon les conclusions de l'étude des Nations Unies, *supra*, note 8.

¹²Sur la mise en oeuvre des traités internationaux relatifs à la protection des droits fondamentaux en droit interne canadien, voir A. Desjardins, « La mise en oeuvre au Canada des traités relatifs aux droits de la personne » (1981) 12 R.G.D. 359 aux pp. 366-7. L'auteur souligne que le Comité des droits de l'homme, créé en vertu de l'article 28 du *Pacte*, a fait référence à ce qu'il considère être des lacunes dans le droit canadien, à savoir notamment que « ses lois (fédérales, provinciales et territoriales) ne contiennent pas une liste de motifs de discrimination prohibés, qui soit aussi vaste que celle contenue à l'article 2 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ». En ce qui concerne la *langue*, la seule loi canadienne qui prohibe expressément les discriminations fondées sur ce motif est la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 10.

¹³Conformément à l'article 32(2) de la *Charte*, les articles 15(1) et 15(2) ne sont entrés en vigueur que le 17 avril 1985.

La présente étude tentera précisément d'examiner quelle est au juste l'application de l'article 15(1) par rapport aux distinctions et classifications fondées sur la langue, c'est-à-dire de déterminer la portée de l'« égalité linguistique » que la *Charte* garantit. À cette fin, il y aura lieu d'examiner les différentes interprétations dont l'article 15(1) est susceptible. Puis on se demandera pour quelles raisons la langue n'a pas été inscrite au nombre des motifs de discrimination expressément prohibés par l'article 15(1) de la *Charte*.

I. La portée de l'article 15(1) en matière linguistique

Dans quelle mesure l'article 15(1) s'applique-t-il aux distinctions fondées sur la langue parlée par les personnes et donne-t-il, par conséquent, un droit à l'« égalité linguistique » ? La question est plus compliquée qu'il n'y paraît à première vue, en raison du fait que l'article 15(1) possède une structure complexe et qu'il est susceptible pour cette raison de donner lieu à des interprétations diverses et, sous certains aspects, divergentes.

Les deux principaux éléments de l'article 15(1) sont le concept d'*égalité*, lequel est énoncé à l'aide de quatre formulations différentes et successives, et le concept de *non-discrimination*. Ces deux éléments constitutifs peuvent être considérés, soit comme établissant *deux* normes juridiques différentes, indépendantes l'une de l'autre encore que complémentaires, soit comme nécessairement reliés l'un à l'autre, de façon à constituer une norme *unique*. Dans le premier cas, nous parlerons d'une interprétation, ou théorie *dualiste* de l'article 15(1) et, dans le deuxième, d'une interprétation, ou théorie *moniste*. En fait, l'interprétation moniste est susceptible de prendre deux formes différentes, selon que l'on donne la préférence à l'un ou à l'autre des deux concepts contenus dans l'article. Autrement dit, si une seule théorie dualiste est possible, il existe par contre deux théories monistes.

En effet, si l'on s'appuie sur le fait que les deux membres de la phrase de l'article 15(1) sont grammaticalement reliés par le mot « indépendamment » (*without*), il faut sans doute considérer que le rédacteur de la *Charte* entendait lier les deux concepts de l'article de façon à donner le rôle principal à l'un d'entre eux, l'autre devenant alors en quelque sorte l'accessoire du premier. Selon que la primauté reviendra au concept d'égalité ou à celui de non-discrimination, le rôle de l'article 15(1) sera évidemment différent.

A. L'interprétation de l'article 15(1) comme fondement du droit à l'égalité (théorie moniste numéro 1)

Selon cette première interprétation, l'article 15(1) est considéré contenir une seule norme juridique, à savoir le « droit à l'égalité indépendamment de toute discrimination » (*right to equality without discrimination*). Ici, par

conséquent, aucun sens spécifique n'est accordé au concept de *non-discrimination*, lequel est compris comme répétant le concept d'égalité sous une forme négative.¹⁴

Si l'article 15(1) se borne à garantir le droit à l'égalité, il s'agit cependant d'une garantie qui est conçue de la façon la plus complète possible : les quatre formulations complémentaires successivement utilisées par le rédacteur de la *Charte* indiquent son intention d'inclure dans l'article toutes les significations imaginables du concept d'égalité (*equality before and under the law ; equal protection and equal benefit of the law*).

Dans la mesure où l'article 15(1) garantit le droit à l'égalité, il interdit alors *toutes* les distinctions, quel qu'en soit le motif, qui n'ont pas de bonnes raisons d'être, ou encore, si l'on préfère, toutes les distinctions « irrationnelles » entre les personnes. Par conséquent, une personne traitée différemment des autres, sans que cette différence de traitement ne se justifie par un motif pertinent, se verrait dénier le droit à l'égalité et pourrait faire appel à la protection de l'article 15(1).

Enfin, il n'y a guère qu'une façon d'interpréter la présence, à l'article 15(1), d'une liste énumérant de façon non limitative certains motifs de discrimination spécifiquement prohibés : elle indiquerait l'intention du rédacteur de la *Charte* de désigner ces distinctions comme étant « intrinsèquement suspectes » et d'enjoindre, par conséquent, aux tribunaux de recourir en ce qui les concerne à un contrôle particulièrement sévère. Les juges devraient donc se montrer très exigeants en ce qui concerne la nature des raisons invoquées pour justifier une distinction sur la base d'un des motifs énumérés. Par contre, dans le cas d'une distinction fondée sur un motif non

¹⁴Cependant, plus généralement, on attribue un sens différent à chacun des deux concepts. En effet, on considère d'habitude que le principe de l'égalité est violé lorsqu'une personne est traitée sur la base d'une considération ou d'une caractéristique non pertinente : il y a alors traitement injuste et irrationnel (*unfair and irrational treatment*). C'est le cas, par exemple, lorsqu'un individu se voit refuser un emploi à cause de son apparence physique ou vestimentaire, sans que celle-ci constitue une « bonne raison » pour lui refuser cet emploi en particulier. Par contre, il y a *discrimination* lorsqu'une personne est traitée de façon défavorable à cause de son appartenance à un groupe désavantagé. Pour cette distinction entre le concept d'égalité et celui de non-discrimination, voir notamment B. Hough, « Equality Provisions in the *Charter*: Their Meaning and Interrelationships With Federal and Provincial Human Rights Acts » dans A.W. MacKay, éd., *The Canadian Charter of Rights : Law Practice Revolutionized* (1982) 306 à la p. 308 ; O.M. Fiss, « Groups and the Equal Protection Clause » (1976) 5 *Phil. & Pub. Aff.* 107 à la p. 159.

énuméré, la langue par exemple, les juges devraient se contenter d'appliquer un contrôle moins sévère.¹⁵

Par conséquent, l'interdiction spécifique du recours à *certaines* distinctions, apparemment redondante car déjà logiquement comprise dans l'interdiction générale de *toutes* les distinctions irrationnelles, s'expliquerait par la différence des « niveaux de contrôle » que le rédacteur de la *Charte* voulait voir s'appliquer dans l'un et dans l'autre cas.¹⁶

Ainsi, pour nous résumer, suivant cette première interprétation, les distinctions irrationnelles fondées sur la langue sont interdites de façon *implicite* par l'article 15(1). En outre, afin de vérifier la rationalité des

¹⁵Bien sûr, il est également possible de considérer que l'énumération de l'article 15(1) est simplement *illustrative* et que le rédacteur de la *Charte* n'attachait pas d'importance particulière aux motifs de discrimination expressément prohibés. Cependant, cette interprétation n'est guère retenue et les auteurs qui ont analysé l'article 15(1) croient pour la plupart que l'existence d'une liste de motifs expressément prohibés indique que le rédacteur de la *Charte* voulait que les tribunaux exercent un contrôle plus sévère en ce qui les concerne. Voir notamment M. Gold, « A Principled Approach to Equality Rights : A Preliminary Inquiry » (1982) 4 Sup. Ct L. Rev. 131 à la p. 138 ; Tarnopolsky, *supra*, note 6 à la p. 422. Cependant, le caractère *non homogène* des motifs expressément prohibés par l'article 15(1) entraîne certaines difficultés ; voir Hogg, *supra*, note 6 à la p. 51 et Gold, *ibid.*, à la p. 148 et s. Sur les problèmes d'interprétation posés par l'absence d'homogénéité des motifs expressément prohibés par l'article 15(1), voir *infra*, notes 36 à 38 et les développements au texte.

¹⁶La distinction entre différents niveaux de contrôle (*levels of scrutiny*) s'inspire évidemment de la jurisprudence des tribunaux américains relativement à l'application de l'*equal protection clause* du quatorzième amendement. Les principes utilisés par les tribunaux américains dans ce domaine sont excellemment exposés par Fiss, *supra*, note 14. La jurisprudence américaine est également résumée par Gold, *ibid.*, et Tarnopolsky, *supra*, note 6.

Sur le même sujet, voir L.H. Tribe, *American Constitutional Law* (1978) à la p. 991 et s. ; J. Tussman & J. tenBroek, « The Equal Protection of the Law » (1949) 37 Calif. L. Rev. 341. Les trois niveaux de contrôle utilisés par la Cour suprême des États-Unis font en sorte que la sévérité des tribunaux à l'égard d'une loi contestée en vertu du quatorzième amendement est susceptible de varier selon la nature de la distinction (*classification*) en cause et selon la substance des droits que cette loi menace de nier ou de restreindre. Le contrôle « rigoureux » (*strict scrutiny*) intervient lorsque la loi fait appel à une distinction « intrinsèquement suspecte » comme la race, la religion ou l'origine nationale ou ethnique, et lorsque les droits menacés font partie de ceux qui sont considérés comme fondamentaux. Dans ces cas, les tribunaux exigent, pour maintenir la validité de la loi, que celle-ci soit justifiée par un *overriding state interest* et que son objet ne puisse être atteint par un autre moyen moins préjudiciable. Dans les cas où aucune des deux conditions qui entraînent le recours au contrôle « rigoureux » n'est remplie, les tribunaux utiliseront le contrôle « minimal » (*minimal scrutiny*). Il suffit alors, pour démontrer que la loi est valide, de prouver qu'elle possède un objet « légitime » (*legitimate state interest*) et que la distinction qu'elle opère est reliée de façon « raisonnable » à cet objet. Quant au contrôle « intermédiaire » (*intermediate scrutiny*), comme son nom l'indique, il s'insère entre les deux précédents et il s'applique, semble-t-il, principalement dans les cas de distinctions fondées sur le sexe. Les tribunaux exigent alors que la loi dont la validité est contestée serve un objet « important » (*important governmental objective*) et que la distinction qu'elle opère entre les sexes possède un lien « substantiel » avec le but poursuivi par le législateur.

raisons invoquées pour justifier une différence de traitement qui a pour motif la langue parlée par une ou plusieurs personnes, les tribunaux doivent avoir recours à un contrôle moins sévère que celui qu'ils utilisent dans le cas des motifs de distinction énumérés dans l'article 15(1).

L'avantage de cette première théorie est sa grande simplicité.¹⁷ Quant aux critiques que l'on peut lui adresser, elles sont essentiellement les mêmes que celles qui se dirigent à l'encontre de la deuxième théorie moniste. Nous les soulèverons donc après avoir examiné cette dernière.

B. L'interprétation de l'article 15(1) comme disposition anti-discriminatoire (théorie moniste numéro 2)

Cette deuxième interprétation consiste, toujours en s'appuyant sur le mot « indépendamment » qui relie les deux membres de la phrase de l'article 15(1), à subordonner le concept d'égalité à celui de non-discrimination, de telle façon que l'interdiction de la discrimination soit considérée comme la norme juridique *unique* de l'article 15(1). Autrement dit, le droit à l'égalité ne signifierait donc rien d'autre que le droit de ne pas subir de traitement discriminatoire.¹⁸

Pour que cette deuxième théorie moniste possède une signification différente de la première, il faut évidemment que le concept de non-discrimination reçoive une définition spécifique, qui ne se confonde pas avec celle du concept d'égalité.

Effectivement, il existe certains critères que l'on utilise traditionnellement pour reconnaître les distinctions qui sont *discriminatoires*, par opposition à celles qui sont simplement *irrationnelles* ou, si l'on préfère, qui n'ont pas de « bonnes raisons ».¹⁹

C'est ainsi qu'on a défini la discrimination comme suit :

[D]iscrimination is the treatment of a person (i) in a less advantageous way than he would otherwise be treated (ii)(a) because he belongs to a disadvantaged group or (b) has some trait correlated to such membership (iii) where his belonging to such group or having such trait does not constitute a good reason for the less advantageous treatment.²⁰

Par conséquent, les deux critères qui permettent de distinguer la véritable discrimination des simples classifications irrationnelles sont, d'une

¹⁷Cette première théorie semble correspondre à l'interprétation faite par Tarnopolsky, *supra*, note 6 à la p. 422.

¹⁸C'est l'interprétation que semble privilégier Hough, *supra*, note 14 à la p. 320. Voir également Gold, *supra*, note 15 à la p. 145.

¹⁹Pour l'analyse de cette distinction, voir *supra*, note 14.

²⁰Hough, *supra*, note 14 à la p. 307 ; voir également Gold, *supra*, note 15 à la p. 146.

part, le caractère *désavantageux* du traitement appliqué à la personne qui subit la discrimination²¹ et, d'autre part, l'appartenance de cette personne à un *groupe* qui présente lui-même certaines caractéristiques — un groupe collectivement désavantagé par rapport aux autres membres de la société.²²

À la lumière de ce qui précède, il apparaît que le concept de non-discrimination est plus spécifique et, par conséquent, plus restreint que le concept d'égalité tel que celui-ci a été défini jusqu'à présent. En effet, une distinction discriminatoire est toujours, en même temps, irrationnelle.²³ Par contre, une distinction irrationnelle n'est pas nécessairement discriminatoire.²⁴

Selon la deuxième théorie moniste, l'article 15(1) ne prohibe donc *pas* les simples distinctions *irrationnelles*, mais uniquement celles qui sont *discriminatoires*.²⁵ Quant à ces dernières, il y a lieu de les ranger dans deux

²¹En fait, comme le souligne Gold, *supra*, note 15 à la p. 146, ce premier critère n'est pas d'une très grande utilité pour caractériser la discrimination :

[U]nless discrimination involves something more than an adverse effect, it is redundant in light of the practical realities of litigation under the Charter.

No person will challenge a law on the basis that he or she receives a benefit where others do not ; real-world cases will concern claims that a person has been adversely affected by the law.

C'est donc le deuxième critère, celui de l'appartenance à un groupe social désavantagé, qui est décisif.

²² Le groupe désavantagé doit être un *groupe social naturel* et non pas une simple catégorie juridique créée par le droit. Ainsi, personne ne songerait à dire que le groupe des contribuables qui ont un revenu supérieur à 50 000 \$ par an subit une discrimination parce que le taux d'imposition qui s'applique à ces contribuables est considérablement plus élevé que celui qui frappe les contribuables à revenu plus faible. Par contre, on pourrait soutenir que cette différence dans le taux d'imposition est contraire au principe de l'égalité (si l'on réussit à démontrer que le montant du revenu n'est pas un critère pertinent pour faire varier le taux d'imposition). Pour cette distinction entre les groupes qui constituent des *natural classes* et ceux qui sont des *artificial classes*, voir Fiss, *supra*, note 14 aux pp. 148 et 156. Bien sûr, dans certains cas, la qualification peut se révéler difficile comme par exemple dans le cas des personnes âgées.

²³Cependant, une distinction qui a une « bonne raison » n'est ni irrationnelle, ni discriminatoire ; voir la définition donnée par Hough, *supra*, note 14 à la p. 307. Ainsi, un protestant ne pourrait sans doute pas se plaindre de discrimination si on lui refusait un poste de professeur de religion dans une institution scolaire catholique : dans ce cas, la religion du candidat est un *motif pertinent* de distinction.

²⁴Admettons qu'une personne d'origine alsacienne se voie refuser un emploi à Toronto parce qu'elle ne parle pas l'anglais mais seulement le dialecte alsacien et que la connaissance de l'anglais ne soit pas, en l'occurrence, une *bona fide occupational qualification* pour l'emploi postulé. Si l'individu en cause est le *seul* Alsacien de Toronto, il pourrait se plaindre d'avoir subi un traitement injuste et irrationnel et invoquer le principe d'égalité pour en obtenir le redressement. Par contre, il ne pourrait se plaindre de discrimination. Cela changerait cependant si les Alsaciens formaient à Toronto une minorité désavantagée. Voir également les exemples donnés par Hough, *supra*, note 14 à la p. 308.

²⁵Par contre, étant donné qu'en vertu de la théorie moniste numéro 1 *toutes* les distinctions irrationnelles sont interdites, celles qui sont discriminatoires le sont également (même si cette théorie ignore par ailleurs le caractère spécifique du concept de non-discrimination).

catégories : les discriminations fondées sur l'un des motifs expressément énumérés dans la liste de 15(1), d'une part, et, d'autre part, toutes les autres distinctions discriminatoires (en effet, l'article 15(1) prohibe « toute discrimination »). Enfin, tout comme dans le cadre de la première interprétation (théorie moniste numéro 1), il faut croire que si le rédacteur de la *Charte* a distingué deux catégories différentes de « discriminations », c'est presque certainement parce qu'il voulait que les tribunaux appliquent un niveau de contrôle différent dans les deux cas.

Cependant, si le nombre de catégories distinguées est semblable dans les deux théories monistes, il ne devrait probablement pas en aller de même en ce qui concerne les *niveaux* de contrôle applicables. Dans le cadre de la théorie moniste numéro 1, on pourrait en effet imaginer de soumettre les distinctions non énumérées au contrôle « minimal » et celles qui sont expressément énumérées au contrôle « intermédiaire ». Par contre, étant donné que la deuxième théorie moniste ne rend l'article 15(1) applicable qu'aux seules distinctions discriminatoires, le contrôle « minimal » apparaîtrait probablement comme insuffisant, même en ce qui concerne les discriminations autres que celles qui sont spécifiquement visées dans la liste de l'article 15(1). Autrement dit, c'est le contrôle « intermédiaire » qui devrait s'appliquer dans le cas d'une discrimination fondée sur un motif non énuméré, comme la langue, alors que les motifs expressément prohibés par l'article 15(1) exigeraient évidemment le recours au contrôle « rigoureux ».²⁶

Voyons à présent quelles sont les conséquences précises qui découlent de la théorie moniste numéro 2 relativement à la portée de l'article 15(1) en matière linguistique.

Pour que l'article 15(1) puisse servir de fondement à la contestation d'une distinction fondée sur la langue parlée par une ou plusieurs personnes, ou sur quelque autre motif de distinction non expressément prohibé, il faut que cette distinction soit discriminatoire ; si elle n'est qu'irrationnelle, l'article ne sera d'aucun secours.²⁷

²⁶Pour la signification concrète des trois niveaux de contrôle (*levels of scrutiny*) dans la jurisprudence américaine, voir les études indiquées, *supra*, note 16.

²⁷Ainsi, pour attaquer, en vertu de l'article 15(1), les dispositions de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11, qui exigent en certaines circonstances l'usage (exclusif ou non) de la langue française, une personne qui parle une langue autre que le français devrait démontrer : (a) que la loi la place dans une situation moins avantageuse, (b) parce qu'elle appartient à un groupe désavantagé, (c) alors que l'appartenance à ce groupe ne constitue pas une « bonne raison » pour un tel traitement moins avantageux. Dans l'état actuel de la jurisprudence, cette démonstration pourrait se révéler difficile. En effet, dans certains arrêts, on a jugé que l'obligation d'utiliser la langue de la majorité (l'anglais dans un cas, le français dans l'autre) ne comportait pas discrimination contre la minorité parce que la règle était la même pour tous. Voir *Association des Gens de l'Air du Québec c. Lang* (1978), [1978] 2 C.F. 371 à la p. 378 (C.A.) ; *Devine c. P.G. Québec* (1982), [1982] C.S. 355 aux pp. 374-5 ; *Ford c. P.G. Québec* (28

Pour décider si une distinction fondée sur la langue constitue de la discrimination, les tribunaux appliqueront les critères qui découlent de la définition de ce concept généralement admise, s'ils estiment que le rédacteur de la *Charte* a voulu implicitement y renvoyer. Sinon, ils devront inventer leurs propres critères, qui ne seront probablement pas très différents de la définition traditionnelle.

Ainsi, dans le cadre de cette deuxième interprétation, chaque fois que l'article 15(1) est invoqué pour contester une distinction fondée sur un motif autre que ceux qui sont expressément énumérés, le juge doit vérifier s'il existe une véritable discrimination avant de pouvoir appliquer la *Charte*. Par contre, en toute logique, chaque fois qu'il s'agit d'un des motifs de distinction énumérés, l'existence d'une discrimination devrait être présumée puisque l'article 15(1) désigne expressément ces distinctions comme étant discriminatoires. Cette présomption pourra cependant être écartée si l'on prouve l'existence de « bonnes raisons » qui justifient le recours à la distinction en cause dans les circonstances de l'espèce.²⁸

Ajoutons également que dans le cadre de cette deuxième interprétation de l'article 15(1), il est possible de tenir compte des hypothèses où un motif de distinction qui n'est pas *habituellement* utilisé de façon discriminatoire devient l'objet d'une telle utilisation à l'occasion, par exemple, de l'apparition de problèmes sociaux particuliers. Ainsi, il existe des sociétés dans lesquelles les clivages linguistiques ne posent pas de problèmes particuliers jusqu'au jour où l'arrivée massive d'immigrants allophones leur confère une plus grande acuité. Si la majorité autochtone succombe à la tentation d'appliquer aux nouveaux arrivants un traitement désavantageux, les conditions de discrimination seront réunies et l'article 15(1) pourra dès lors être invoqué.

Une autre conséquence pouvant découler de l'interprétation de l'article 15(1) suivant la deuxième théorie moniste est que le recours à une distinction fondée sur la langue, ou sur un autre motif non énuméré pourrait être considéré comme discriminatoire à l'égard de certaines personnes qui appartiennent à un groupe désavantagé, sans l'être de la même façon à l'égard d'autres personnes placées dans une situation différente. L'article 15(1) ne

décembre 1984), Montréal 500-05-002008-843 (C.S.) aux pp. 11-2 [retenu pour publication]. En d'autres termes, ces décisions sont à l'effet qu'une loi ou un règlement qui impose à la minorité de parler et d'utiliser la langue de la majorité s'applique également à tous. Voilà, selon nous, une façon de comprendre le concept d'égalité qui réduit celui-ci à fort peu de signification. En réalité, on le sait bien, le respect de l'égalité ne consiste pas à traiter de façon identique ceux qui sont dans des situations différentes, mais bien au contraire à tenir compte de ces différences. Si la loi exige l'utilisation d'une langue unique qui, pour certains est leur langue maternelle et pour d'autres une langue étrangère, il paraît évident qu'elle ne traite pas également les uns et les autres.

²⁸Voir, *supra*, note 23.

pourrait alors être invoqué que par celles qui subissent une discrimination, mais non pas par les personnes à l'égard desquelles la distinction en cause possède seulement un caractère « irrationnel ». ²⁹ Il paraît évident qu'une telle conséquence n'est cependant pas souhaitable, puisque la différence entre les effets juridiques qui découlent de chacune des deux situations est elle-même peu compatible avec le concept d'égalité. Là ne réside pas cependant la principale faiblesse de cette deuxième interprétation de l'article 15(1), comme nous allons le voir.

En effet, la critique essentielle que l'on peut adresser aux deux théories monistes est la même et elle se rattache précisément à ce qui fait leur caractère « moniste ». On peut leur reprocher en effet de ne pas tenir compte de la *dualité conceptuelle* de l'article 15(1), lequel contient à la fois l'affirmation du droit à l'égalité et l'interdiction de la discrimination. Or, l'on sait qu'il faut éviter les interprétations qui ne donnent pas un sens utile à tous les concepts utilisés par le rédacteur d'un texte législatif ou constitutionnel. ³⁰ Pour respecter ce principe, il est donc nécessaire de considérer que l'article 15(1) comprend non pas une, mais deux normes juridiques, ayant chacune un sens et des effets propres. C'est le postulat sur lequel repose la théorie que nous qualifierons de « dualiste » ; celle-ci constitue donc une troisième et dernière interprétation de l'article 15(1).

C. *L'interprétation de l'article 15(1) comme contenant à la fois le droit à l'égalité et l'interdiction de la discrimination (théorie dualiste)*

Ainsi, la théorie dualiste reconnaît l'existence, dans l'article 15(1), de deux normes juridiques distinctes : d'une part, le droit à l'égalité — premier membre de phrase, qui précède le mot « indépendamment » — et, d'autre part, l'interdiction de la discrimination — deuxième membre de phrase, qui suit le mot « indépendamment ». Quant à cette deuxième norme, elle est elle-même double, puisque le rédacteur de la *Charte*, après avoir interdit

²⁹Une loi provinciale colombienne exigeant une maîtrise parfaite de l'anglais pour certains postes de la fonction publique (sans que les habiletés linguistiques constituent une *bona fide occupational qualification* en l'occurrence) serait dès lors *discriminatoire* à l'égard des membres de la minorité francophone de la province, sans l'être de la même façon à l'égard d'individus isolés dont la langue n'est ni le français, ni l'anglais. Quant à ces derniers, l'exigence d'une habileté linguistique non pertinente constituerait simplement un traitement injuste et irrationnel.

³⁰En outre, l'article 1(b) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44 a été interprété comme interdisant les distinctions « irrationnelles » autant que la discrimination proprement dite ; voir *Curr c. La Reine* (1972), [1972] R.C.S. 889, 26 D.L.R. (3d) 603. Il serait étonnant que la *Charte* offre une protection moins étendue que la loi de 1960.

toutes les distinctions discriminatoires — « indépendamment de toute discrimination » — prohibe encore plus particulièrement celles qui sont expressément désignées dans l'article — « notamment les discriminations fondées sur la race [. . .] ». ³¹

Pour que la distinction faite par l'article 15(1) entre le droit à l'égalité et l'interdiction de la discrimination ait un effet utile, il faut évidemment adopter, comme dans le cas de l'interprétation précédente (théorie moniste numéro 2), une définition du concept de non-discrimination qui ne se confonde pas avec celle du concept d'égalité. Nous retiendrons celle qui a été utilisée jusqu'à présent. ³²

Or, comme il a déjà été souligné, sous sa forme spécifique et restrictive, le concept de non-discrimination est logiquement contenu dans le concept d'égalité. Autrement dit, le principe de l'égalité étant incompatible avec quelque distinction non rationnelle que ce soit, il interdit a fortiori les distinctions qui sont discriminatoires. Si le rédacteur de la *Charte* a pris la peine d'ajouter à l'affirmation du droit à l'égalité une interdiction de la discrimination, il s'ensuit qu'il voulait fort probablement établir des catégories différentes de distinctions, chacune appelant un autre type de contrôle judiciaire : d'une part, les distinctions simplement « irrationnelles », lesquelles sont toutes prohibées par le principe d'égalité ; d'autre part, les distinctions discriminatoires, lesquelles sont interdites de façon générale par le début du deuxième membre de phrase de l'article 15(1).

Le même type de raisonnement s'applique également au double caractère de l'interdiction de la discrimination. La seule façon de donner un effet utile à l'addition, dans le deuxième membre de phrase de l'article 15(1), d'une interdiction *générale* de toutes les distinctions discriminatoires et d'une prohibition *spécifique* de certaines discriminations, lesquelles sont expressément *énumérées*, consiste à considérer que le rédacteur de la *Charte* entendait distinguer entre la catégorie des discriminations « ordinaires » et celle qui réunit les discriminations considérées comme les plus graves.

Ainsi, contrairement aux théories monistes qui postulent l'existence de *deux* catégories de distinctions seulement, et de *deux* niveaux de contrôle, la théorie dualiste prend pour acquis que le rédacteur de la *Charte* entendait différencier *trois* catégories de distinctions, et autant de niveaux de contrôle : (a) les distinctions discriminatoires fondées sur un des motifs énumérés dans l'article 15(1) ; elles réclament bien sûr l'exercice du contrôle judiciaire

³¹Dans la version anglaise du texte : « . . . without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability ».

³² Voir *supra*, notes 14 et 20.

le plus sévère, c'est-à-dire le « contrôle rigoureux » ; (b) les distinctions discriminatoires fondées sur un motif autre que ceux qui sont énumérés ; elles justifient le recours au « contrôle intermédiaire » ; (c) les distinctions qui ne sont pas discriminatoires, mais qui sont irrationnelles (*without good reasons*) ; en ce qui les concerne, les tribunaux doivent se contenter d'exercer le « contrôle minimal ».

Comparons à présent les effets de cette théorie dualiste avec ceux qui découlent des deux interprétations monistes examinées précédemment. Nous concentrerons notre attention sur la portée de l'article 15(1) en matière linguistique.

Tout comme la théorie moniste numéro 1, la théorie dualiste a pour effet de rendre l'article 15(1) applicable non seulement aux distinctions discriminatoires, mais également à celles qui sont seulement irrationnelles. Par contre, la théorie moniste numéro 2 n'entraîne que la prohibition des seules distinctions discriminatoires, au sens restreint du terme. Si le critère utilisé pour choisir entre les trois interprétations est celui du meilleur degré de protection constitutionnelle offert par l'article 15(1), la théorie moniste numéro 2 devrait être par conséquent rejetée au profit de l'une des deux autres.

Dans le cadre de la théorie dualiste comme dans celui de la théorie moniste numéro 2, chaque fois que l'article 15(1) est invoqué pour contester une distinction fondée sur un motif qui, comme la langue, n'est pas énuméré dans l'article, le tribunal doit commencer par *qualifier* l'usage qui est fait de ce motif de distinction pour dire si celui-ci est irrationnel ou discriminatoire. Dans le cadre de la théorie moniste numéro 2, si la distinction est considérée comme irrationnelle sans être pour autant discriminatoire, l'article 15(1) ne trouve pas d'application. Avec la théorie dualiste, il s'applique dans les deux cas et la qualification a pour seul objet de déterminer le degré de contrôle dont les tribunaux doivent faire usage. Enfin, dans le cadre de la théorie moniste numéro 1, aucune qualification de ce genre n'est nécessaire : seul compte le fait que le motif de distinction en cause soit ou non énuméré expressément à l'article 15(1).

Comme on l'a déjà souligné, alors que la théorie dualiste postule l'existence de *trois* catégories de distinctions, et d'autant de niveaux de contrôle, les théories monistes n'en présupposent que *deux*. Celles-ci présentent donc l'avantage d'une plus grande simplicité. Par contre, le recours à une catégorie supplémentaire dans le cadre de la théorie dualiste peut être considéré comme permettant aux tribunaux d'introduire plus de nuances dans leur attitude et d'évoluer avec plus de souplesse entre les deux pôles de l'activisme et de la retenue judiciaires.

Avec la théorie dualiste, le niveau de contrôle judiciaire applicable aux distinctions fondées sur la langue, ou sur un autre motif non expressément

énuméré, est susceptible de varier selon les circonstances. En effet, de telles distinctions peuvent être considérées habituellement comme étant simplement *irrationnelles*, ce qui suppose l'application du contrôle minimal, mais acquérir suivant certaines circonstances politiques ou sociales un caractère plus grave et devenir dès lors susceptibles d'être considérées comme *discriminatoires*, ce qui entraîne l'application du contrôle intermédiaire. On pensera à ce propos à l'hypothèse soulevée précédemment, d'une société traditionnellement unilingue dans laquelle l'arrivée massive d'immigrants allophones fait surgir des clivages linguistiques. Cette possibilité de choisir le niveau de contrôle judiciaire applicable selon les circonstances n'existe pas dans le cadre des deux autres théories.

Par contre, il existe une conséquence commune aux trois théories : étant donné que la langue n'est pas énumérée à l'article 15(1), les distinctions fondées sur un motif linguistique ne justifient jamais le recours au contrôle « rigoureux ».

Enfin, la théorie dualiste permet d'éviter une conséquence indésirable que nous avons identifiée dans le cadre de la théorie moniste numéro 2. Selon celle-ci, en effet, si une même distinction fondée sur la langue possédait à l'égard de certaines personnes un caractère simplement *irrationnel* alors qu'elle est susceptible d'être considérée comme *discriminatoire* à l'égard d'autres personnes, placées dans une situation différente, seules ces dernières pourraient invoquer le secours de l'article 15(1), lequel resterait par contre sans aucun effet à l'égard des premières.³³ Dans le cadre de l'interprétation dualiste, l'article 15(1) s'appliquerait dans les deux cas, la seule différence résidant alors dans le niveau de contrôle judiciaire utilisable.³⁴

Cet examen des conséquences pratiques de chacune des trois théories nous a également permis de dégager les principaux critères qui, à notre avis, devraient servir aux tribunaux pour choisir, parmi toutes les interprétations de l'article 15(1), celle qu'ils appliqueront dans l'avenir.

Le premier critère, on l'a déjà souligné, est celui du *degré de protection* offert par l'article 15(1). Il conduit à écarter la théorie moniste numéro 2, puisque celle-ci ne permet pas d'appliquer l'article aux distinctions qui sont « irrationnelles » sans cependant être également discriminatoires.

Le deuxième critère, celui de la *simplicité*, conduirait quant à lui à choisir la théorie moniste numéro 1 qui ne postule que l'existence de deux niveaux de contrôle, plutôt que la théorie dualiste qui en présuppose trois.

³³*Supra*, note 29.

³⁴Dans le cadre de la théorie moniste numéro 1, l'article 15(1) est également applicable dans les deux cas, puisque *toutes* les distinctions irrationnelles et, par conséquent, celles qui sont en plus discriminatoires sont interdites. Cependant, le niveau de contrôle sera toujours le même, puisque la langue n'est pas un des motifs de discrimination expressément énumérés.

Cependant, la théorie dualiste possède un avantage qui nous semble important sur la théorie moniste numéro 1. Elle permet aux tribunaux d'appliquer aux distinctions fondées sur un motif non énuméré, comme la langue, un niveau de contrôle qui varie selon l'usage qui en est fait et selon les circonstances. Par conséquent, elle permet une plus grande souplesse dans l'utilisation de l'article 15(1), ce qui constitue un avantage suffisant pour contrebalancer l'inconvénient qui résulte de la plus grande complexité de cette interprétation.

En définitive, il semble donc que la considération des *effets pratiques* découlant de chacune des trois interprétations susceptibles d'être données à l'article 15(1) nous conduise à retenir la théorie dualiste comme étant la plus avantageuse.

Les tribunaux devraient se sentir libres de s'appuyer sur ce critère des effets pratiques pour choisir entre les trois théories, dans la mesure où le critère de la *cohérence logique* de l'interprétation n'est pas d'une grande utilité en ce qui concerne l'article 15(1).

En effet, comme cela ressort de ce qui précède, chacune des trois théories encourt certains reproches lorsqu'on l'évalue du point de vue de la fidélité au texte de l'article 15(1). Les deux théories *monistes* ont le défaut de ne pas tenir compte de la dualité conceptuelle de l'article,³⁵ alors que la théorie *dualiste*, qui repose précisément sur la distinction entre le concept d'égalité et celui de non-discrimination, possède l'inconvénient de ne pas tenir compte de la structure grammaticale de la disposition. En définitive, par conséquent, aucune des trois interprétations de l'article 15(1) ne permet de lui donner une application qui serait entièrement compatible avec chacun des éléments qui le constituent en même temps qu'avec sa construction grammaticale.

Soulignons enfin que toutes les trois interprétations de l'article 15(1) soulèvent certaines difficultés semblables liées au caractère hétérogène des motifs de discrimination expressément prohibés dans cette disposition.

En effet, les interprétations examinées reposent toutes sur le postulat en vertu duquel le rédacteur de la *Charte* a voulu distinguer plusieurs niveaux différents de contrôle judiciaire en ce qui concerne l'application de l'article 15(1). C'est un point de vue qu'il est nécessaire d'adopter si l'on veut donner un sens et un effet utile à l'existence de la liste non limitative

³⁵Cependant, ce défaut est plus sérieux, concrètement, en ce qui concerne la deuxième théorie moniste, selon laquelle l'article 15(1) contiendrait uniquement le concept *restrictif* de non-discrimination, que dans le cas de la théorie moniste numéro 1 qui interprète l'article comme contenant le concept *extensif* d'égalité (on a souligné précédemment que le droit à l'égalité *englobe* nécessairement le droit à la non-discrimination). En outre, étant donnée l'extraordinaire minutie avec laquelle le droit à l'égalité a été défini dans l'article 15(1), il serait paradoxal que celui-ci soit en définitive interprété comme une simple disposition anti-discriminatoire.

des motifs de discrimination expressément prohibés, qui est contenue dans l'article. Les classifications expressément visées sont alors considérées comme exigeant le recours à un contrôle judiciaire plus sévère.

Cependant, pour que cette interprétation soit parfaitement justifiable, il faudrait que les divers motifs de distinction contenus dans la liste de l'article 15(1) présentent une certaine homogénéité. Est-ce le cas ? Ceux qui soulèvent la question semblent vouloir y répondre par la négative.³⁶ Le manque d'homogénéité des distinctions énumérées par l'article 15(1) s'expliquerait, semble-t-il, par le fait que la rédaction de la liste contenue dans celui-ci a surtout été influencée par les démarches de divers groupes de pression auprès du gouvernement fédéral, lequel était à l'époque fort en peine de réunir les appuis nécessaires pour la poursuite de son entreprise de rapatriement unilatéral de la constitution.³⁷

L'hétérogénéité des distinctions de l'article 15(1) compliquera par conséquent encore davantage l'interprétation de cette disposition, déjà passablement complexe. Elle rend plus difficile, en effet, la caractérisation des niveaux de contrôle judiciaire qu'il s'agit de distinguer.

Mais, il n'est pas possible pour autant de faire abstraction de l'existence de la liste de l'article 15(1).³⁸ Le fait que le rédacteur de la *Charte* ait prohibé expressément des classifications spécifiques signifie presque assurément qu'il a voulu que les tribunaux appliquent, en ce qui les concerne, un contrôle plus rigoureux que celui qui est valable pour les distinctions qui ne sont pas expressément prohibées. La nature des motifs politiques qui sont à l'origine de la constitution de la liste des distinctions expressément prohibées par le rédacteur de la *Charte* importe assez peu.

³⁶Voir Hogg, *supra*, note 6 à la p. 51 ; Gold, *supra*, note 15 à la p. 148 et s. ; Tarnopolsky, *supra*, note 6 à la p. 422.

³⁷Gold, *ibid.* à la p. 150 : « The language of section 15 is the result of intensive and successful lobbying on the part of representatives of some of the groups listed in the section ».

³⁸D'ailleurs, l'absence d'homogénéité des divers groupes visés par l'énumération de l'article 15(1) n'est pas totale. Il est vrai qu'on y trouve à la fois des groupes sociaux naturels, ceux qui sont définis par la race, l'origine ethnique ou nationale, la religion et d'autres qui sont plutôt des catégories juridiques artificielles (pour la distinction entre *natural classes* et *artificial classes*, voir *supra*, note 22), mais *toutes* les catégories visées présentent par ailleurs certaines caractéristiques communes : il s'agit de groupes qui sont collectivement désavantagés — en situation de faiblesse — par rapport à la portion plus favorisée de la population et qui exercent relativement peu d'influence sur le processus démocratique majoritaire de prise de décisions politiques — en tout cas, pas assez pour l'infléchir à leur avantage. À ce titre, les groupes énumérés dans l'article 15(1) sont tous dans une situation qui justifie une protection particulière, de la part du pouvoir judiciaire, contre les décisions susceptibles de leur être imposées par le pouvoir politique (législatif et gouvernemental) dominé par la majorité. Pour une application du même raisonnement dans le cadre du droit américain, voir M.S. Ball, « Judicial Protection of Powerless Minorities » (1974) 59 Iowa L. Rev. 1059 ; Fiss, *supra*, note 14 à la p. 151 et s.

En outre, il est très difficile de voir comment les tribunaux pourraient concrétiser le statut particulier que le rédacteur de la *Charte* a si manifestement voulu donner aux motifs de discrimination énumérés, autrement qu'en leur appliquant un degré de contrôle judiciaire plus sévère. D'ailleurs, comme le montre la jurisprudence américaine qui a appliqué le quatorzième amendement, il n'est tout simplement pas possible pour les tribunaux de se passer complètement d'une telle distribution des motifs de classification entre divers niveaux de contrôle. Si le texte constitutionnel n'en prévoit pas, c'est aux tribunaux de l'inventer, comme cela s'est passé aux États-Unis. Il serait cependant paradoxal que les tribunaux canadiens se sentent libres d'en faire autant alors que la constitution qu'ils appliquent, contrairement à celle des États-Unis qui est muette sur ce point, désigne expressément certains motifs de discrimination comme plus « suspects » que les autres.

Après ces développements relatifs à l'application de l'article 15(1) en matière linguistique, il est légitime de se demander pourquoi la langue n'a pas été insérée dans la liste des motifs de discrimination expressément prohibés.

II. L'omission de la « langue » comme motif de discrimination expressément prohibé

Pour plusieurs raisons, cette omission paraît surprenante. En premier lieu, soulignons que le Projet de loi C-60, présenté par le gouvernement fédéral en 1978 et destiné à modifier la constitution dans les domaines où celui-ci pensait avoir compétence pour le faire par le biais d'une simple loi fédérale, contenait un article relatif aux droits à l'égalité dans lequel la langue était au nombre des motifs de discrimination expressément prohibés.³⁹

Par contre, la langue était déjà absente de l'énumération figurant à l'article 15(1) du projet constitutionnel présenté par le gouvernement canadien le 6 octobre 1980 et il en est resté ainsi à toutes les étapes du long processus à l'issue duquel, après les multiples péripéties politiques, diplomatiques et judiciaires que l'on connaît, ce projet est enfin devenu la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pourtant, les travaux du Comité spécial mixte sur la Constitution du Canada ont donné lieu à la modification de l'énumération figurant dans l'article 15(1) à l'origine ; ce n'était cependant pas pour y

³⁹Projet de loi C-60, *Loi modifiant la Constitution du Canada dans certains domaines ressortissant à la compétence législative du Parlement du Canada et prévoyant les mesures nécessaires à la modification de la Constitution dans certains autres domaines*, 3e sess., 30e Lég., 1978, art. 9. Pour l'historique de cette tentative fédérale de rajeunissement de la constitution, voir E. McWhinney, *Quebec and the Constitution 1960-1978* (1979) à la p. 120 et s.

ajouter la langue, mais les « déficiences mentales ou physiques » comme motif supplémentaire de discrimination prohibée.⁴⁰

L'omission de la langue dans l'énumération de l'article 15(1) surprend également lorsque l'on compare celui-ci aux dispositions équivalentes qui figurent dans les constitutions d'autres pays qui, comme le Canada, connaissent le plurilinguisme,⁴¹ ou encore à celles que l'on trouve dans les conventions internationales relatives à la protection des droits fondamentaux. Quant à ces dernières, elles contiennent *toutes* une disposition anti-discriminatoire dans laquelle la langue figure au nombre des motifs de distinction expressément et spécifiquement prohibés.⁴²

Comme nous l'avons indiqué précédemment, étant donné que le gouvernement fédéral a ratifié certaines de ces conventions, cette absence de parallélisme entre les normes contenues dans celles-ci en matière de non-discrimination linguistique et l'article 15(1) de la *Charte* pourrait probablement être analysée comme un manquement du Canada à ses obligations internationales.⁴³

Enfin, il est permis de s'étonner du silence de l'article 15(1) en regard de la discrimination linguistique lorsque l'on connaît l'importance et l'âpreté des problèmes reliés à la langue au Canada, autant dans le passé qu'à l'heure présente. Les affrontements linguistiques qui ont marqué l'histoire du pays et qui font encore l'actualité aujourd'hui auraient sans doute justifié une référence expresse à la langue, dans la mesure, on le sait, où celle-ci eût été ainsi rangée dans la catégorie des différenciations « suspectes » qui exigent un contrôle plus sévère de la part des tribunaux.

Mais peut-être est-ce là précisément le résultat que les rédacteurs de la *Charte* voulaient éviter. En effet, il est possible d'imaginer qu'en écartant la langue de la catégorie des distinctions auxquelles les tribunaux se sentiront

⁴⁰Gold, *supra*, note 15 à la p. 150.

⁴¹Voir Turi, *supra*, note 4 et Capotorti, *supra*, note 8 à la p. 55.

⁴²Voir *supra*, note 12. Pour un relevé des dispositions concernant les droits linguistiques et le droit à l'égalité linguistique dans les instruments internationaux les plus importants, voir M. Tabor, « Language Rights as Human Rights » (1980) 10 Israël Y.B. Hum. Rts 167. Voir également J. Claydon, « The Transnational Protection of Ethnic Minorities : A Tentative Framework for Inquiry » (1975) 13 A.C.D.I. 25 ; Verdoodt, *supra*, note 4 à la p. 19 et s. Dans l'article 2 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et dans les articles 2(1) et 26 du *Pacte*, *supra*, note 10, la langue est expressément visée dans l'énumération, même si, par ailleurs, celle-ci n'est pas limitative.

⁴³Pour un relevé des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme auxquelles le Canada est devenu partie, voir M. Cohen & A.F. Bayefsky, « The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and Public International Law » (1983) 61 Can. Bar Rev. 265 à la p. 285. Pour les rapports entre le droit international et le droit interne canadien, voir F. Rigaldies & J. Woehrling, « Le juge interne canadien et le droit international » (1980) 21 C. de D. 293.

tenus d'appliquer un contrôle plus rigoureux, on cherchait à éviter ou, du moins, à atténuer les conflits-susceptibles de surgir entre l'article 15(1) et les dispositions de la constitution qui ont trait, directement ou indirectement, à l'usage et au statut des langues.

En effet, comme nous l'avons mentionné, la « Constitution du Canada »⁴⁴ contient certaines dispositions qui confèrent un statut privilégié à la langue française et à la langue anglaise, et par conséquent à ceux qui parlent ces langues : il s'agit des articles 16 à 20 et 23 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*.⁴⁵ En outre, elle contient également des dispositions qui sont peut-être susceptibles de conférer des droits de nature linguistique à des personnes parlant certaines langues autres que l'anglais et le français, à savoir les articles 25 et 27.⁴⁶

L'application de toutes ces dispositions entraînera donc la création de « statuts linguistiques particuliers » au profit des personnes appartenant à certains groupes identifiés par le critère de la langue. S'agit-il là d'un résultat incompatible avec une application « rigoureuse » de l'article 15(1) en matière linguistique ? Il semble que non, à première vue du moins, si l'on veut bien se rappeler que les dispositions d'une loi ou d'une constitution s'interprètent les unes par rapport aux autres. Par conséquent, même si la langue figurait au nombre des distinctions expressément prohibées par l'article 15(1), cela n'aurait sûrement pas pour effet d'empêcher l'application d'autres dispositions de la constitution qui confèrent à certains individus ou à certains groupes des droits ou privilèges particuliers en matière linguistique.

Mais il est également vrai que l'application de l'article 15(1) est susceptible d'affecter l'interprétation qui sera donnée aux dispositions linguistiques, et cela de façon d'autant plus importante que le degré de contrôle appliqué aux distinctions fondées sur la langue sera exigeant et sévère. En particulier, la crainte de susciter des conflits entre l'article 15(1) et les articles 16 à 20 et 23 — et, peut-être, 25 et 27 — pourrait amener les tribunaux à ne pas vouloir donner aux dispositions linguistiques une interprétation aussi libérale et, surtout, aussi *évolutive* qu'il serait possible et souhaitable.⁴⁷

⁴⁴La « Constitution du Canada » comprend tous les textes législatifs visés à l'article 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra*, note 1.

⁴⁵*Supra*, note 5.

⁴⁶Voir, *supra*, note 6 et les développements au texte.

⁴⁷Ainsi, si les principes d'égalité et de non-discrimination, d'une part, et l'attribution de droits particuliers, de l'autre, constituent deux moyens complémentaires de garantir à la minorité l'égalité avec le reste de la population, il existe également un certain antagonisme — voire une contradiction — entre les deux. Alors que les droits linguistiques collectifs bénéficient à certains individus à cause de leur appartenance à un groupe particulier, le principe de l'égalité suppose précisément que les individus soient traités sans considération des caractéristiques par lesquelles ils se rattachent à un groupe particulier, linguistique ou autre. Plus précisément

Par conséquent, il n'est pas impossible de penser que l'omission de la langue dans la liste de l'article 15(1), qui a pour effet d'écartier le recours au contrôle « rigoureux » en ce qui concerne la justification des classifications fondées sur ce motif, s'expliquerait par le souci du rédacteur de la *Charte*, en réduisant les risques de conflit entre l'article 15(1) et les dispositions linguistiques, de ne pas mettre d'entraves à une interprétation judiciaire large et libérale de ces dernières.⁴⁸ En outre, cette omission pourrait probablement être interprétée comme indiquant que le rédacteur de la *Charte* considérait que l'égalité linguistique *individuelle* est moins importante et ne nécessite pas d'être autant protégée que l'égalité des deux grands *groupes* linguistiques du Canada, laquelle est consacrée par les articles 16 à 20 et 23 de la *Charte* — et par les autres dispositions pertinentes de la « Constitution du Canada ».⁴⁹

encore, si les avantages particuliers accordés aux membres d'une minorité sont considérés par ceux-ci comme nécessaires pour les mettre à égalité avec les individus appartenant à la majorité, ces derniers auront par contre assez fréquemment le sentiment que le traitement plus favorable accordé à d'autres les place eux-mêmes dans une situation désavantagée et contrevient ainsi au principe d'égalité.

⁴⁸Certaines des interventions devant le Comité spécial mixte sur la Constitution du Canada illustrent ces craintes relatives aux conflits susceptibles de surgir entre les principes d'égalité et de non-discrimination, d'une part, et, d'autre part, les droits linguistiques. Voir *Délibérations du Comité spécial mixte*, *supra*, note 3 (9 décembre 1980) aux pp. 22 :88 (J. Lapierre) et 22 :99 (L. Nystrom et A. Juzukonis).

⁴⁹Alors que l'article 15(1) a pour but d'assurer l'égalité entre les *individus*, la finalité des droits linguistiques et culturels de la *Charte* est de permettre le maintien et l'épanouissement de certaines collectivités et d'établir, en quelque sorte, l'égalité entre les minorités, d'une part, et la majorité, de l'autre, c'est-à-dire l'égalité entre les divers *groupes* qui composent la société canadienne. Par conséquent, tout comme l'article 27, les articles 16 à 20 et 23 de la *Charte* peuvent être considérés comme un tempérament — voire une exception — que l'on a senti le besoin d'apporter à l'application de l'article 15(1), pour protéger les groupes minoritaires à l'égard desquels une application trop radicale du principe d'égalité aurait eu des effets négatifs, puisque assimilateurs. Dans la mesure où il est inévitable que certains conflits apparaissent, à l'occasion de l'application de la *Charte*, entre l'égalité individuelle garantie par l'article 15(1) et l'égalité des groupes, les tribunaux devront découvrir quels sont les droits auxquels le rédacteur de la *Charte* voulait reconnaître la primauté. L'omission de la langue comme motif de discrimination expressément prohibé est dès lors susceptible d'être interprétée comme indiquant que l'on voulait donner moins d'importance à la protection de l'égalité linguistique individuelle qu'à la défense des droits linguistiques collectifs (voir *supra*, note 5). Par contre, comme l'« origine ethnique » figure parmi les motifs de discrimination expressément prohibés, il faudrait en conclure que le rédacteur de la *Charte* attachait autant ou plus d'importance à l'égalité ethnique individuelle qu'à l'égalité collective des groupes ethniques (voir *supra*, note 6). Cependant, il est vrai que la frontière entre langue et culture est souvent difficile à tracer et, par conséquent, les minorités ethniques qui peuvent réclamer les droits garantis par les articles 25 et 27 de la *Charte* seront le plus souvent, en même temps, des minorités linguistiques.

Il existe également d'autres considérations qui peuvent aider à comprendre quelle est la place qui est reconnue, dans le système de valeurs de la Constitution du Canada, respectivement aux droits collectifs des minorités et aux droits individuels. Dès 1867, la première constitution

Si cette explication est la bonne, elle permet de mieux comprendre le surprenant mutisme de l'article 15(1) en ce qui a trait à la discrimination linguistique. Il n'en reste pas moins que les conséquences qui en découlent sont difficiles à justifier politiquement. Étant donné l'hétérogénéité linguistique de la population canadienne, étant donné également la nature des obligations que le gouvernement fédéral a accepté de faire assumer au pays

canadienne accorde une place de choix aux droits collectifs : n'est-il pas vrai que les *seuls* droits de la personne enchâssés dans l'*Acte de l'Amérique de Nord Britannique de 1867* se retrouvent aux articles 93 et 133 et ont pour but de protéger certaines minorités linguistiques et confessionnelles ? Bien sûr, avec l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les droits collectifs des minorités ne sont plus les *seuls* à être constitutionnellement garantis et, par conséquent, il est devenu nécessaire de les concilier avec les droits individuels qui sont désormais également enchâssés dans la *Charte*. Cependant, il y a de nombreuses raisons de croire que les droits collectifs des minorités, en particulier les droits *linguistiques*, continuent de bénéficier, dans le cadre de la « nouvelle » constitution canadienne, d'un statut prééminent.

En premier lieu, comme cela a été souligné au tout début de la présente étude, la protection des droits *linguistiques* a été l'une des préoccupations essentielles de ceux qui ont pris l'initiative du processus de « rapatriement » de la constitution et d'enchâssement des droits fondamentaux. Par conséquent, les « rédacteurs » de la *Charte* accordaient une importance centrale et une valeur primordiale à ces droits reconnus aux minorités de langues officielles.

Ensuite, l'importance des droits collectifs se marque également par le grand nombre de dispositions qui leur sont consacrées, *supra*, notes 5 et 6, ainsi que par la précision et le détail avec lesquels la plupart de celles-ci sont rédigées. Ce dernier trait différencie les droits linguistiques de plusieurs autres droits et libertés garantis par la *Charte*, lesquels sont énoncés de façon tellement vague qu'il reviendra aux tribunaux de leur donner un sens véritable. Sans doute la nature même des droits linguistiques exigeait-elle que ceux-ci soient définis de façon plus détaillée et plus précise que, par exemple, les droits fondamentaux de l'article 2 ou, encore, ceux qui sont énoncés à l'article 7. Cependant, on ne peut s'empêcher de penser que le rédacteur de la *Charte* voulait aussi faire en sorte, en définissant avec le plus de précision possible la portée des droits linguistiques, que ceux-ci ne puissent pas être réduits à l'insignifiance par une interprétation judiciaire trop restrictive et, également, que les *restrictions* dont pourraient être frappés ces droits par une législation ou une réglementation fédérale ou provinciale, ne puissent pas être trop facilement considérées comme justifiables en vertu de l'article 1 de la *Charte*. En effet, comme l'a bien montré la décision de la Cour suprême du Canada qui déclare inopérant l'article 73 de la *Charte de la langue française*, *supra*, note 27 parce que contraire à l'article 23 de la *Charte*, plus un droit ou une liberté est énoncé avec détail et précision, moins il sera facile d'admettre qu'une limitation à ce droit ou à cette liberté est « raisonnable » ; *P.G. Québec c. Québec Association of Protestant School Boards* (1984), [1984] 2 R.C.S. 66, 10 D.L.R. (4th) 321. Cependant, ces dernières remarques ne valent que pour les droits linguistiques, c'est-à-dire les articles 16 à 20 et 23 de la *Charte* ainsi que l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Par contre, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui garantit les droits des autochtones — et qui est rattaché à la *Charte* par son article 25 — et l'article 27 de la *Charte*, qui concerne « le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens » ne sont guère précis ni détaillés et il faudra donc attendre l'interprétation des tribunaux pour être fixé sur leur portée véritable. Ceci indique très certainement que, parmi tous les droits collectifs garantis par la *Charte*, c'est aux droits linguistiques des minorités francophone et anglophone que le rédacteur de la *Charte* attachait le plus d'importance.

Enfin, il faut souligner que les droits collectifs — qu'il s'agisse cette fois-ci des droits linguistiques, des droits culturels de l'article 27 ou des droits des autochtones — sont parmi ceux

en ratifiant certaines conventions internationales, il eût été logique d'ajouter la langue au nombre des discriminations expressément prohibées par l'article 15(1).

Il faut donc souhaiter que les tribunaux n'adoptent pas une interprétation de cette disposition qui aurait pour effet d'en diminuer encore davantage la portée en matière linguistique, ce qui serait le cas s'ils décidaient de ne l'appliquer que comme une simple norme anti-discriminatoire (théorie moniste numéro 2). Au contraire, en choisissant la théorie dualiste, les juges permettraient que l'on puisse invoquer l'article 15(1) non seulement contre les distinctions discriminatoires fondées sur la langue, mais aussi contre toutes celles qui sont « irrationnelles ». En outre, les tribunaux se donneraient ainsi la possibilité de faire varier le niveau de contrôle judiciaire applicable aux classifications linguistiques selon que celles-ci rentrent dans l'une ou dans l'autre des deux catégories précédentes, c'est-à-dire selon la gravité des conséquences qui en découlent et les personnes auxquelles elles s'appliquent.

qui ne sont pas susceptibles d'être écartés par une clause de dérogation expresse en vertu de l'article 33. Sans doute, peut-on considérer que les rédacteurs de la *Charte* estimaient que les droits qui ne peuvent jamais être écartés en vertu de l'article 33 ont plus d'importance que ceux qui peuvent être rendus inapplicables sur la base de cette disposition — au nombre desquels on trouve les droits à l'égalité et à la non-discrimination consacrés par l'article 15.

Pour conclure, autant la tradition constitutionnelle et les circonstances entourant l'adoption de la *Charte* que la structure et le contenu de ses dispositions pertinentes permettent de prétendre que la constitution canadienne repose sur un système de valeurs dans lequel certains droits collectifs se voient reconnaître une importance centrale. Ceci n'a d'ailleurs rien d'étonnant si l'on se rappelle qu'en 1867 l'un des objectifs de la Confédération était de créer un cadre juridique et politique pour un État *binational* et qu'en 1982 la Constitution a été amendée pour donner suite à la promesse faite par le premier ministre canadien aux Québécois de satisfaire leurs revendications concernant la protection de la langue et de la culture de la minorité francophone du pays.

Par conséquent, les tribunaux ne devraient pas hésiter à donner aux droits collectifs, surtout aux droits linguistiques des articles 16 à 20 et 23 de la *Charte*, l'interprétation large, libérale et évolutive qui est nécessaire pour assurer la protection et la sécurité des minorités canadiennes. Si, à cette occasion, ces droits collectifs entrent en concurrence avec certains droits individuels et, en particulier, avec le droit à l'égalité et à la non-discrimination (en fait, il ne pourra guère en être autrement), il faut considérer que la *Charte* permet que la primauté soit accordée aux droits collectifs.

S'agit-il là d'une vision « totalitaire » ? Nous ne le croyons pas. En fait, il est très généralement admis que là où existent des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les droits individuels doivent parfois céder la place aux droits des collectivités et, en particulier, qu'il est souvent nécessaire d'écarter l'égalité individuelle au profit de l'égalité des groupes. L'observation des systèmes juridiques des pays plurinationaux démontre d'ailleurs que le *droit positif* tient largement compte de cet impératif et que, par conséquent, la *Charte* ne constitue pas une exception, ni une innovation à cet égard. Pour de nombreux exemples de dispositions juridiques qui reconnaissent un statut particulier à certaines minorités et qui, par conséquent, établissent une différence de traitement entre la minorité et la majorité, voir Turi et Verdoodt, *supra*, note 4, et Capotorti, *supra*, note 8 à la p. 57 et s. Dans tous ces cas, les droits collectifs des minorités écartent ou limitent le droit individuel à l'égalité et à la non-discrimination.
