

Ford et Irwin Toy 30 ans plus tard : une conversation avec le juge de Montigny

Han-Ru Zhou*

Il y a trente ans, dans un contexte politique national tendu, la Cour suprême du Canada rendit jugement dans trois affaires qui marqueront profondément la société et le droit constitutionnel canadien : *Ford c. Québec (P.G.)* et son pourvoi connexe, *Devine c. Québec (P.G.)*, ainsi que *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)* décidées à quelques mois d'intervalle¹. Sur fond de conflits linguistiques au Québec et de réforme constitutionnelle à l'échelle du pays, cette trilogie de la Cour suprême établira les fondements de la liberté d'expression et de l'application de la disposition de dérogation (la « clause nonobstant ») de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de

même que le caractère quasi-constitutionnel de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Devant la Cour suprême, le gouvernement du Québec était représenté par Yves de Montigny — aujourd'hui juge à la Cour d'appel fédérale — à titre d'avocat principal. À l'occasion du trentenaire de la trilogie, le juge de Montigny fut invité à la Faculté de droit de l'Université de Montréal afin de partager avec les étudiants de première année ses réflexions concernant les trois arrêts de la Cour suprême de même que son expérience en tant que jeune avocat placé à l'avant-scène des grands débats constitutionnels de l'époque.

Han-Ru Zhou

M. le juge, cher Yves, merci d'accepter l'invitation de venir nous rencontrer et de revenir sur ton expérience dans ces affaires marquantes de droit constitutionnel.

Juge Yves de Montigny

Merci à toi de m'avoir invité. C'est rare qu'on ait un auditoire aussi nombreux, je dois dire, et ça me fait chaud au cœur d'être ici avec vous aujourd'hui. J'ai du mal à croire qu'il y a quarante ans, je dis bien quarante, j'étais assis à votre place, alors vraiment merci pour l'invitation.

HRZ

Quel souvenir conserves-tu de ta première année à la Faculté?

YdM

Le premier souvenir qui me vient à l'esprit c'est la rencontre avec le Doyen. Je ne sais pas si ça se fait encore la première journée. Je pense que c'était Yves Ouellette qui était le doyen à l'époque. Il nous avait dit : « Regardez à votre droite, regardez à votre gauche; à la fin de la session il y en a un des trois qui ne sera plus là ».

Ça nous a incités à travailler mais je garde vraiment un souvenir impérissable, en particulier de mes cours de droit constitutionnel, parce que quand je suis entré à la Faculté, je n'avais aucune espèce d'idée de ce qu'était le droit. Je n'avais personne de ma famille de près ou de loin qui faisait du droit. J'étais venu au droit un peu par défaut parce que ce qui m'intéressait au départ c'était la philosophie mais mes parents

m'avaient dit : « tu ne gagneras pas ta vie avec ça »...

HRZ

Avançons de quelques années mais pas trop parce que les événements qui nous intéressent plus particulièrement cet après-midi vont arriver rapidement. Si je ne m'abuse, tu es encore dans la jeune trentaine, fraîchement admis au Barreau, et là un jour le gouvernement du Québec t'appelle pour te confier ses dossiers constitutionnels à la Cour suprême du Canada. Comment est-ce arrivé?

YdM

Effectivement, en 1986, ça faisait quatre ans que j'enseignais à la Faculté de droit à Ottawa. Je n'avais pas encore ma permanence. Il y avait un ancien professeur ici, Réal Forest, qui avait quitté la Faculté un an ou deux plus tôt pour aller travailler au ministère de la Justice du Québec, aux affaires constitutionnelles, et, à son instigation, j'ai reçu un appel du ministère me demandant si j'étais intéressé à aller travailler au gouvernement pour une année ou deux comme avocat en congé sans solde de l'Université. On m'avait dit : tu auras l'occasion de travailler sur plein de dossiers constitutionnels. Ça m'avait emballé et j'avais dit oui tout de suite. L'ironie de la chose, c'est que l'une de mes fonctions était de représenter le gouvernement du Québec et le procureur général dans les affaires constitutionnelles devant la Cour suprême, mais je n'avais jamais plaidé un seul dossier de ma vie parce que j'étais convaincu que la plaidoirie, le litige, ce n'était pas pour moi. Autre leçon à garder en tête pour vous aussi : les choses qui ne vous paraissent pas être nécessairement naturelles pour vous, des fois, ça vaut la peine de les essayer.

Donc je me retrouve quasiment pour la première fois de ma vie devant un tribunal, et c'est la Cour suprême. En fait, le ministère avait eu la bonne idée de m'envoyer plaider un dossier de Charte à Saint-Jérôme en Cour supérieure contre Jean-Claude Hébert, un criminaliste bien connu au Québec, et cela avait été ma seule et unique expérience devant un tribunal avant d'aller à la Cour suprême. Plusieurs des dossiers

que j'ai plaidés par la suite étaient des interventions parce que le gouvernement du Québec intervient souvent dans des dossiers constitutionnels et donc mes premières armes, je les ai faites comme intervenant. Il faut dire qu'à ce chapitre, c'est beaucoup plus facile parce que normalement les interventions devant la Cour suprême sont limitées à 20 ou 30 minutes, alors c'est une bonne façon de se faire la main. Aussi, la Cour suprême est probablement l'endroit où c'est le plus facile de plaider, parce qu'il n'y a pas de procédure et il n'y a pas de preuve ou très peu. C'est vraiment une argumentation juridique, alors pour quelqu'un comme moi qui n'avait aucune expérience, c'était beaucoup plus simple de plaider en Cour suprême que de plaider en première instance avec des témoins et des contre-interrogatoires; j'aurais été complètement perdu.

J'ai donc quitté la Faculté de droit en 1986 pour aller travailler à Québec pendant un an où j'ai fait probablement une douzaine d'interventions. J'ai commencé à travailler sur les dossiers *Irwin Toy* et *Ford* pendant mon année à Québec, mais j'avais décidé de revenir à la Faculté parce que je ne me voyais pas à l'époque quitter la Faculté et donc j'y suis revenu à l'été 1987. Le gouvernement m'avait laissé le soin et la responsabilité de plaider les dossiers *Irwin Toy* et *Ford* parce que j'avais rédigé les mémoires. C'était ironique parce que le ministre de la Justice à l'époque était nul autre que Herbert Marx, mon ancien professeur à la Faculté de droit.

Une chose que je mentionne souvent : Herbert Marx n'était pas le plus chaud partisan de la Loi 101 [la *Charte de la langue française*] et il a d'ailleurs démissionné par la suite quand le gouvernement a décidé en 1988 d'adopter une nouvelle disposition dérogatoire pour écarter la décision de la Cour suprême dans *Ford* mais je tiens à le dire, et c'est tout à l'honneur du ministre Marx à l'époque : il n'était pas du tout intervenu ni dans la rédaction du mémoire ni dans la plaidoirie. Il nous avait donné carte blanche pour plaider tous les arguments qui nous paraissaient pouvoir établir la validité de la Loi 101. Il avait même pris la peine de m'appeler à ma chambre — ça aussi je m'en souviens comme si c'était hier — au Château Laurier à Ottawa, le dimanche

soir avant que les auditions commencent, pour me souhaiter bonne chance pour la semaine qui s'en venait et ça, je lui en suis encore très reconnaissant.

HRZ

Parlons maintenant de ces fameux dossiers *Irwin Toy* et *Ford*. Devant la Cour d'appel du Québec, si tu te souviens bien, le gouvernement perd dans *Irwin Toy* et dans *Ford*. Il « sauve les meubles » dans *Devine* mais seulement parce que la disposition de dérogation de l'article 52 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec² n'avait pas encore été modifiée pour enchâsser le droit à la liberté d'expression prévu à l'article 3. Depuis, la période d'effectivité de cinq ans des dispositions dérogatoires adoptées par l'Assemblée nationale — cette durée maximale de cinq ans étant imposée par le paragraphe 33(3) de la Charte canadienne — est échue ou tire à sa fin et les trois dossiers atterrissent sur ton bureau. Il me semble que ça ne regardait pas très bien. Quelle évaluation faisais-tu à ce moment de ces dossiers?

YdM

Tu as tout à fait raison; ça ne regardait pas très bien. Les arrêts de la Cour d'appel dans ces dossiers ne sont pas sortis en même temps mais une décision stratégique qui avait été prise au gouvernement était d'essayer de plaider les trois en même temps devant la Cour suprême parce qu'on se disait que les chances étaient meilleures avec *Irwin Toy* qu'avec le dossier de la Loi 101 au niveau de la liberté d'expression, et parce que les concepts étaient les mêmes à ce niveau. On avait donc fait le choix stratégique de réunir ces dossiers avec la permission de la Cour suprême pour les plaider en même temps, en nous disant qu'à la limite ça pourrait aider la Loi 101 si on pouvait gagner dans *Irwin Toy* sur la liberté de l'expression.

HRZ

Tout cela se retrouve devant la Cour suprême en novembre 1987. Aujourd'hui, dans un dossier typique devant la Cour, chaque partie dispose d'une heure pour faire sa plaidoirie orale. Les

intervenants ont cinq minutes. Or vous avez eu une semaine entière! Peux-tu nous décrire cette semaine à la Cour?

YdM

J'aime autant vous dire que c'était la semaine la plus stressante de ma vie. J'avais 33 ans avec peu d'expérience et donc une semaine complète devant la Cour suprême, ce qui est très exceptionnel, c'est peut-être la seule fois où ça s'est fait. Je dois vous dire que la raison pour laquelle je me suis retrouvé là, c'était un peu par défaut parce que même si le gouvernement voulait me confier le dossier parce que j'avais rédigé les mémoires, l'autre raison c'est qu'à l'époque, au gouvernement libéral, on était très craintif d'envoyer un jeune de 33 ans défendre la *Charte de la langue française*. Ils craignaient évidemment de se faire dire : « on sait bien que vous n'y croyez pas à la *Charte de la langue française*, vous envoyez un jeunot... on voit votre stratégie ». En réalité, le gouvernement avait tout fait pour engager un avocat plus sénior justement pour se prémunir contre une telle critique, et je peux vous dire, sans vous donner de noms, qu'on approchait des avocats très célèbres à Montréal à l'époque, qui refusaient systématiquement parce que le dossier de la Loi 101 était considéré comme un peu toxique. À l'époque on était soit fédéraliste, soit souverainiste; il n'y avait pas d'entre-deux et les gens étaient très peu enclins à se mouiller en allant défendre la Loi 101. Finalement c'est un professeur de l'Université de Montréal, André Tremblay, qui s'est lui-même proposé pour me prêter main-forte et on s'est donc partagé la tâche.

Les trois premières journées ont porté sur la Loi 101, donc *Devine* et *Ford*. C'était assez impressionnant parce que tous les intervenants étaient contre nous, tous les procureurs généraux des provinces qui sont intervenus étaient contre nous, le gouvernement fédéral à titre d'intervenant était aussi contre nous. On avait vraiment l'impression d'être dans la fosse aux lions avec le monde entier qui était contre nous.

L'autre anecdote que j'aimerais mentionner c'est que quand on a terminé la plaidoirie sur la Loi 101, je pense que c'était le mercredi midi — je me souviens parce que c'était couvert mur à mur

par les médias — je me vois encore descendre les marches à la sortie de la salle d'audience de la Cour, c'était tapissé de micros et de caméras de télévision, et là, un journaliste demande à André Tremblay qui avait plaidé la portion de la plaidoirie sur l'article premier de la Charte canadienne: « Qu'est-ce qui va arriver si la Cour suprême vous donne tort? ». Puis là je vois André Tremblay qui dit: « En tout cas si la Cour suprême nous donne tort, le gouvernement et le peuple du Québec tireront leurs conclusions. » Je me disais, là il faut que j'y retourne après ça... ils vont me tuer. Je suis arrivé dans la salle, ils ont été gentils, mais j'étais très craintif.

HRZ

Comment se sont déroulés les échanges avec les juges? Sur quels sujets avez-vous été le plus questionnés?

YdM

Je me souviens que, sur le partage des compétences, on n'avait pas eu beaucoup de difficultés; l'aspect discrimination non plus. Là où les débats ont été probablement les plus intéressants, c'était avec la disposition de dérogation de l'article 33 de la Charte canadienne. Ça nous inquiétait un peu mais de toute façon il y avait une partie de la Loi 101 qui n'était plus sujette à la dérogation [échue après cinq ans en l'absence de renouvellement]. On se disait que, même si on perd, c'est d'un intérêt historique parce que la loi omnibus de 1982³ [qui insérait une disposition dérogatoire dans toutes les lois du Québec] avait été adoptée à des fins strictement politiques. Il y avait peu de chance qu'un gouvernement utilise de nouveau cette stratégie-là, alors concernant la loi omnibus, c'était un revers qu'on pouvait assumer. Là où ça devenait plus embêtant, c'était sur la liberté d'expression et particulièrement dans le contexte de la *Charte de la langue française* parce que les arguments étaient doubles. C'était la première affaire en Cour suprême qui portait sur la liberté d'expression et en particulier sur le discours commercial. Nous faisons valoir que le discours commercial était exclu de la protection des Chartes canadienne et québécoise, et ça évidemment si on perdait là-dessus, ça nous rendait la tâche pas mal plus difficile sur

la *Charte de la langue française* et pour *Irwin Toy*. Il y avait tout le débat de savoir si le choix de la langue faisait partie de la liberté d'expression, et là on n'avait pas beaucoup d'espoir, je dois dire, compte tenu du renvoi manitobain sur les droits linguistiques⁴. On pensait que c'était difficile à gagner. Là où on avait le plus d'espoir c'était sur l'article premier de la Charte canadienne, et on avait une preuve exhaustive de nature sociolinguistique, démographique etc., qu'on appelle une preuve de faits législatifs, pour montrer le contexte dans lequel cette loi a été adoptée et l'importance de légiférer pour préserver la langue française, en exigeant non seulement l'usage, mais l'exclusivité, du français. C'est là-dessus que la côte était la plus abrupte. On sentait qu'il y avait une certaine sympathie — d'ailleurs la Cour l'a écrit en toutes lettres dans son jugement — à exiger que le français soit prédominant dans l'affichage, mais là où on frappait un mur, c'est quand on leur disait qu'il fallait absolument que ce soit exclusif. Là j'avoue que je n'avais pas beaucoup d'espoir à la suite de l'audition.

HRZ

Un an plus tard, les jugements dans *Ford/Devine* sont annoncés; vous perdez 5-0. Mais quand *Irwin Toy* sortira plus tard, vous gagnerez par un vote serré de 3-2. Quelle est ta réaction à la lecture des jugements?

YdM

C'était déjà beau d'en gagner un sur les trois. *Irwin Toy* est sorti en avril 1989 alors que les autres sont sortis en décembre 1988. On était évidemment déçus. Le contexte politique était très chargé à l'époque. Il faut comprendre qu'en juin 1987 l'accord du lac Meech avait été conclu. Cet accord était un peu une suite logique du référendum québécois de 1980 et l'objectif était de réinsérer le Québec dans l'honneur et l'enthousiasme⁵. Le gouvernement du Québec avait dit qu'il avait cinq conditions pour signer la Constitution de 1982 entre autres : la reconnaissance du caractère distinct du Québec. C'est dans ce contexte-là que la Loi 101, les affaires *Irwin Toy*, *Ford* et *Devine* ont été plaidées. L'accord du lac Meech était signé en juin 1987. Nous avions plaidé en novembre 1987 et quand les juge-

ments *Ford* et *Devine* sont sortis en décembre 1988, nous étions dans le délai de trois ans pour la ratification de l'accord. Il devait être ratifié en juin 1990 par toutes les provinces et le gouvernement fédéral. Le gouvernement Bourassa était sur la corde raide parce qu'il y avait des pressions énormes qui venaient autant des premiers ministres des autres provinces que du gouvernement fédéral pour que M. Bourassa n'adopte pas une disposition dérogatoire pour soustraire la *Charte de la langue française* au jugement de la Cour suprême qui venait de nous dire : l'affichage unilingue, oubliez ça, c'est contraire aux Chartes canadienne et québécoise. Alors, la seule façon de préserver l'unilinguisme, c'était d'adopter de nouveau une disposition dérogatoire. Cela divisait énormément. Bourassa voyait, je pense, le danger pour la survie de l'accord du lac Meech d'adopter une disposition dérogatoire mais la pression était trop forte, il a fait adopter la dérogation⁶. L'histoire jugera, c'est encore un peu tôt pour arriver à une conclusion là-dessus mais certains pensent que cela a été le dernier clou dans le cercueil. Il y a eu une opposition qui s'est levée à travers le pays et l'accord du lac Meech n'est jamais entré en vigueur. Ce qui est intéressant par ailleurs, c'est qu'en 1993, à la suite de l'échéance de la disposition dérogatoire de 1988 à l'égard de la *Charte de la langue française*, le gouvernement du Québec a décidé de ne pas la renouveler et a plutôt légiféré pour prévoir ce que la Cour suprême dans *Ford* avait jugé valide, c'est-à-dire le caractère prédominant du français dans l'affichage, et c'est le régime qui prévaut actuellement d'ailleurs.

HRZ

Un détail important à noter dans ces trois arrêts est que deux juges francophones, L'Heureux-Dubé et La Forest, n'ont pas siégé, et même que quatre juges n'ont pas pris part à la décision dans *Irwin Toy*. Si la Cour avait siégé en formation complète, la face du droit constitutionnel aurait-elle changé?

YdM

Ça c'est toujours le cas quand la Cour ne siège pas à neuf juges, on peut toujours se poser la question. Dans le cas du juge Le Dain, il était tombé

malade, il était présent à l'audition, mais il n'a pas pu prendre part à la rédaction des motifs et le juge Estey aussi, il me semble, était tombé malade. Pour ce qui est des juges La Forest et L'Heureux-Dubé, pourquoi ils n'ont pas siégé, je n'en ai aucune idée. C'est possible que la situation aurait été différente, encore que le juge Beetz avait été dissident dans *Irwin Toy*. Il était avec le reste de la Cour dans *Ford/Devine*, alors est-ce que d'avoir eu une autre juge du Québec [L'Heureux-Dubé] et un juge francophone des Maritimes [La Forest] aurait changé le résultat? Je ne sais pas. Mais ce qui est intéressant et qu'on oublie souvent (il y a eu un peu de démagogie sur ce jugement-là) : bien sûr qu'on a été déçu mais vous aurez remarqué que la Cour rend sa décision sur la base non seulement de la Charte canadienne mais aussi de la Charte québécoise. La disposition dérogatoire qui avait été insérée par le gouvernement du Québec n'était pas en opposition aux droits garantis par la Charte canadienne; c'était un geste politique. Le gouvernement ne voulait pas être lié par la Charte canadienne mais il ne s'opposait aucunement à ce que la Charte québécoise s'applique, d'une part. D'autre part, quand des gens au Québec disaient : « On sait bien, la Cour suprême nous a encore mis des bâtons dans les roues en utilisant la Charte canadienne », ce n'est pas vrai. On aurait perdu même s'il n'y avait pas eu de Charte canadienne. De fait l'article 58 de la *Charte de la langue française* n'a pas été déclaré invalide en vertu de la Charte canadienne mais en vertu des dispositions équivalentes dans la Charte québécoise, l'article 3 sur la liberté d'expression et l'article 10 sur la discrimination. Donc on peut critiquer le jugement de la Cour suprême; on peut trouver qu'elle n'a pas été assez sensible à la réalité du fait français au Québec mais il n'en reste pas moins que les juges sont arrivés à leur conclusion en se basant non seulement sur la Charte canadienne mais sur la Charte québécoise. Je pense que c'est une chose à ne pas perdre de vue.

HRZ

Sur ces jugements-là, 30 ans plus tard, ton opinion a-t-elle évolué?

YdM

J'étais satisfait de la décision prise dans *Irwin Toy*, mais de toute façon aujourd'hui, tout ça est obsolète parce que la réglementation de la publicité télévisée, ça n'a pas beaucoup d'impact et les dispositions n'existent plus, mais quand même c'était une décision importante pour le gouvernement de l'époque, et je pense que c'était la bonne décision.

Pour ce qui est de la *Charte de la langue française*, à l'époque j'étais convaincu que le gouvernement québécois avait raison et que l'affichage unilingue français était nécessaire pour préserver le paysage linguistique du Québec, mais aussi parce que la situation du français était encore et sera toujours vulnérable. On pensait à l'époque, et je pense que c'était un sentiment assez répandu au Québec, que l'exclusivité était requise, et donc que la prédominance n'était pas suffisante pour préserver ce paysage linguistique, particulièrement à Montréal. C'est un problème principalement montréalais. On s'entend qu'à l'extérieur de Montréal, la question se posait plus ou moins. Aujourd'hui, est-ce toujours le cas? Avec la prédominance qui est toujours assurée, personnellement ça me semble moins dangereux. Encore une fois c'est un débat qui est un peu obsolète compte tenu de l'ouverture des frontières et qu'aujourd'hui on ne peut pas contrôler ce qui entre notamment par Internet, ou par câble ou ondes, alors on aura beau légiférer pour protéger le français à l'intérieur des frontières, la protection du français ne peut pas reposer uniquement sur de la législation.

HRZ

Le temps file, j'avais encore plusieurs questions, mais je pense que ça met bien la table pour notre période d'échanges avec les étudiants.

Un étudiant

J'ai une question davantage par rapport au contexte sociopolitique de l'époque. La Loi 101 a été adoptée par le Parti Québécois mais c'était le Parti Libéral qui était pris pour la défendre devant les tribunaux. Puis vous avez dit, et ça m'a surpris un peu, qu'on vous avait donné carte

blanche concernant la défense et la rédaction du mémoire. C'était vraiment le cas? Le gouvernement libéral n'avait aucune intention d'intervenir dans votre travail? On vous a dit: « allez-y et on verra ce qui arrivera »? Il n'y avait pas une volonté particulière de faire passer tel ou tel point?

YdM

Attention, le gouvernement voulait défendre la Loi 101, il n'y a aucun doute là-dessus. Le mot d'ordre, la stratégie, c'était : on défend la Loi 101. Évidemment, je n'étais pas tout seul dans mon bureau à écrire puis à envoyer le mémoire en Cour suprême. Comme dans n'importe quel dossier au gouvernement, on travaille en collaboration, et les instances, les supérieurs étaient au fait. Ce que je vous dis, c'est qu'il n'y a eu aucune intervention politique dans la rédaction du mémoire et dans le choix des arguments qui allaient être invoqués pour défendre la Loi 101. Ça je pense que c'est à l'honneur du gouvernement, parce que cela a été fait sur une base strictement juridique et c'est d'autant plus intéressant parce qu'on savait que le ministre Marx n'était pas le plus ardent défenseur de la Loi 101, mais il ne s'en est pas mêlé du tout et jamais on n'a eu une commande politique comme: « Non, vous ne pouvez pas invoquer cet argument-là ». Quand on défendait l'exclusivité, il n'y avait pas eu de commande pour dire: « Non, vous ne pouvez pas aller aussi loin que ça ».

Le même étudiant

Justement, dans l'arrêt *Ford* la Cour souligne que l'importance de l'exclusivité du français n'avait pas été abordée du tout dans les plaidoiries, alors que ç'aurait pu aider votre cause.

YdM

Nous on l'a plaidée, mais comme je vous ai dit, là-dessus on a frappé un mur. Il n'y a pas un juge qui acceptait — on pouvait le voir par leur questions, par leur langage corporel — quand on leur disait que pour préserver le caractère français du Québec, il ne suffisait pas de rendre le français obligatoire ou même prédominant, mais il fallait empêcher l'usage d'une autre langue. Là, on savait que ça ne collait pas. De fait, c'est là qu'on a perdu mais on voyait que c'était une bataille

difficile à faire, on n'avait pas d'illusion là-dessus, mais on l'a fait et il n'y a personne qui peut dire à ma connaissance que le gouvernement n'a pas utilisé tous les moyens juridiques à sa disposition pour défendre cette position-là.

Tantôt Han-Ru tu m'as posé la question, s'il y avait eu neuf juges plutôt que sept ou cinq, cela aurait peut-être été différent mais peut-être que cela aurait été différent aussi si on avait plaidé ces affaires cinq ans plus tard. Je vous explique pourquoi. On a mis en preuve, avec plus ou moins de succès car ça n'a même pas été relevé, des interventions législatives américaines. Je crois me souvenir qu'à l'époque, la Floride avait légiféré pour imposer l'usage de l'anglais parce que l'espagnol prenait le dessus. On avait dit à la Cour : imaginez si l'anglais est menacé aux États-Unis à tel point que certains États commencent à songer à adopter des lois pour protéger l'anglais, peut-être vous pourriez penser que c'est légitime de faire la même chose au Québec pour le français. À l'époque c'était assez marginal, il y avait peut-être un ou deux États qui avaient légiféré. Je pense qu'aujourd'hui il y en a beaucoup plus, alors la situation aurait-elle été différente si on avait pu mettre en preuve que beaucoup d'États, surtout du sud des États-Unis ont légiféré pour protéger l'anglais? Peut-être.

Une étudiante

Je me demandais si la Cour suprême a mal interprété l'esprit de la Charte québécoise en jugeant que la Loi 101 y contrevenait. Est-ce qu'ils avaient mal évalué l'objet de la Charte ou l'objet de la loi pour en venir à une conclusion comme celle-là?

YdM

Personnellement, je ne pense pas. Comment le droit à la liberté d'expression de la Charte québécoise peut vouloir dire autre chose que le droit à la liberté d'expression de la Charte canadienne? Je ne vois pas comment. La seule distinction, c'est au niveau de la disposition limitative. C'est vrai que l'article 9.1 de la Charte québécoise⁷ est rédigé de façon différente que l'article premier de la Charte canadienne. D'ailleurs la Cour suprême le reconnaît dans son jugement, mais ce n'était pas suffisant pour permettre au gouvernement

d'avoir gain de cause pour dire que c'était raisonnable, peu importe la justification qu'on essayait d'utiliser; ce n'est pas un argument qui a été retenu. De fait, depuis ce temps, les plaideurs qui contestent une disposition législative, utilisent la Charte québécoise comme une arrière-pensée, je dirais. C'est la Charte canadienne qui est plaidée et tout le monde prend un peu pour acquis que malgré le libellé un peu différent d'une Charte à l'autre, c'est essentiellement la même garantie qu'on vise. Je ne pense pas qu'on puisse prétendre que la Cour suprême a erré là-dessus. Je pense que les concepts, malgré la différence dans le libellé, sont essentiellement les mêmes. Là où c'est différent, c'est au niveau de la protection des droits socio-économiques dans la Charte québécoise pour lesquels il n'y a pas d'équivalent dans la Charte canadienne. Pour le reste c'est essentiellement la même chose concernant la protection de la liberté d'expression. Pour moi, il est clair que quand on parle de liberté d'expression, il ne peut y avoir différents concepts.

C'est sûr que si vous êtes aux États-Unis, l'historique de la liberté d'expression n'est pas le même, et nous ce qu'on prétendait, c'est que la liberté d'expression au Canada avait été comprise traditionnellement comme la liberté d'expression politique. C'est qu'on a appelé la déclaration des droits implicite. Puis est venue la *Déclaration canadienne des droits* de 1960. La liberté d'expression avait toujours été comprise comme la liberté d'expression politique et c'était un argument qu'on a beaucoup fait valoir. On a beaucoup mis l'accent sur le fait que la liberté d'expression ne pouvait pas inclure des choses aussi banales que de vendre du papier-toilette à la télé par exemple, mais la Cour nous a donné tort là-dessus. Mon opinion est que la liberté d'expression ne devrait pas inclure des notions comme celles-là. L'effet pervers que je vois est qu'on crée une expectative en disant que toute forme d'expression est protégée, mais rendu à l'étape de l'article premier, on dit qu'il y a des formes d'expression malgré tout qui sont moins importantes, et on va donc accepter plus facilement les justifications. On se trouve un peu à faire la même chose que les États-Unis, en disant qu'on protège tout mais la « raisonabilité » des justifications va être plus facile à établir dans certains cas que dans d'autres

et donc on crée une expectative qui en bout de ligne ne se vérifie pas toujours et là-dessus je ne suis pas tout à fait à l'aise. Comme les formes d'expression violentes qui ne sont pas protégées par la Charte, est-ce qu'on n'aurait pas pu dire la même chose de l'expression commerciale? Le débat était ouvert à l'époque.

Un étudiant

Vous avez parlé des ministres et députés dissidents au sein du Parti Libéral dans le contexte de l'accord du lac Meech. Au sein du gouvernement et du Parti Libéral, y avait-il eu des discussions pour reporter l'adoption de la disposition dérogatoire dans la Loi 101?

YdM

Je ne peux pas vraiment vous répondre. J'ai été impliqué mais vraiment à la marge. Je ne faisais pas de politique. J'étais le procureur du gouvernement. Une fois que la décision est sortie, je n'avais plus vraiment de rôle à jouer. C'était une décision strictement politique. On m'a consulté sur certains scénarios possibles sur un plan juridique. Je présume que cela a dû faire partie des discussions. Ce qui est sûr par ailleurs, c'est qu'après l'échec de l'accord du lac Meech, il y a eu une nouvelle tentative avec les accords de Charlottetown en 1992 et là, la Loi 101 n'était plus dans le décor, il n'y avait plus de disposition dérogatoire, etc. et ça n'a pas donné plus de résultats. Si vous voulez mon impression personnelle, c'est que cela a fait l'affaire des gens qui s'opposaient à l'accord du lac Meech, mais est-ce que l'accord aurait passé n'eût été du recours par le Québec à la disposition de dérogation? J'ai mes doutes; je pense que c'était une excuse utile dans les circonstances.

Une étudiante

La plupart d'entre nous n'étions pas nés en 1983. Quelle était la réaction de la population québécoise et canadienne en général sur le recours à la disposition de dérogation à des fins politiques?

YdM

C'est un débat qui est toujours d'actualité, on pense que la disposition de dérogation ne devrait

pas être utilisée mais on voit encore couramment que c'est une possibilité dans certains cas. Il y a comme une espèce d'opinion qui s'est cristallisée que la disposition de dérogation ne peut jamais être utilisée mais je pense que c'est une soupape de sûreté dans certains cas. Et puis s'il n'y avait pas eu de disposition de dérogation dans la Charte canadienne, elle n'aurait jamais été adoptée. Il ne faut jamais perdre ça de vue.

Pour répondre à votre question, c'est sûr que dans le reste du pays, c'était très mal vu, parce qu'encore une fois il faut comprendre que c'était un gouvernement du Parti Québécois qui recourait à la disposition de dérogation pour protester contre le rapatriement. Au Québec, je me souviens qu'il y avait des sondages qui disaient qu'une majorité importante de la population était en faveur de la Charte, malgré le fait que le rapatriement avait été fait d'une façon plus ou moins conforme aux attentes des Québécois. La Charte comme telle était relativement populaire et donc ce n'était pas un rejet des valeurs que représentait la Charte; c'était un mouvement de protestation politique alors forcément, si vous étiez souverainiste vous étiez d'accord avec ce mouvement de protestation, si vous étiez fédéraliste vous l'étiez moins. C'est dans cette seule perspective-là que la disposition dérogatoire et la loi omnibus s'analysaient : c'est un geste strictement politique. Cela aurait été autre chose si on avait essayé d'utiliser la disposition de dérogation pour écarter des droits et libertés sur un plan idéologique. D'ailleurs dans l'affaire de l'*Alliance des professeurs de Montréal*⁸ qui est citée dans l'arrêt *Ford*, la question s'est posée. Là c'était le droit de grève qui était en cause; c'est un syndicat de professeurs qui protestait contre les mesures prises par la commission scolaire et on leur disait qu'ils ne pouvaient pas se servir de leur liberté d'association pour faire valoir leurs droits parce que la disposition dérogatoire s'appliquait, et eux je peux vous dire qu'ils n'étaient pas très heureux de cette dérogation. Donc quand ça portait sur le fond, c'est clair que c'était moins populaire, mais en soi d'adopter une disposition dérogatoire par protestation politique, le clivage était strictement souverainiste-fédéraliste.

Une étudiante

Ce n'était pas dangereux justement d'adopter une dérogation à la Charte canadienne?

YdM

Ne perdez pas de vue que la Charte québécoise s'appliquait, elle. Ça démontrait encore une fois que l'objectif n'était pas d'écarter les protections des droits fondamentaux parce que si tel avait été l'objectif, on aurait mis une disposition dérogatoire à la fois à la Charte québécoise et à la Charte canadienne mais ce n'est pas ce que le gouvernement a fait. C'était uniquement en regard de la Charte canadienne que la dérogation s'appliquait. La Charte québécoise, elle, continuait à s'appliquer.

Un étudiant

Vous avez parlé d'un contexte politique chargé au moment où ces décisions avaient été prises. En tant que juriste, avez-vous rencontré des obstacles? Était-ce plus difficile de travailler dans ce climat-là?

YdM

Là vous me faites rentrer dans un autre chapitre de ma vie mais ça va me faire plaisir d'en parler. Juste pour vous mettre dans le contexte, j'ai travaillé au gouvernement du Québec en 1987, et je suis retourné à la Faculté de droit parce que je ne me voyais pas faire autre chose de ma vie, même si j'avais adoré mon expérience à la Cour suprême. Par la suite, j'ai été impliqué dans le temps de Charlottetown, comme conseiller du gouvernement québécois. 1995 : deuxième référendum; je suis toujours à la Faculté de droit et là — il y a des moments charnières dans une vie, et ça ç'en est un — quelques semaines après le référendum, je reçois un coup de téléphone d'un de mes anciens étudiants, que je n'avais pas vu depuis bon nombre d'années, qui me demande si ça m'intéresserait de m'impliquer dans le débat constitutionnel. Je dis oui parce que je l'avais vécu de proche : quand on était en Outaouais, à Gatineau, où j'habite, c'est sûr que la souveraineté aurait eu un impact direct, on était sur la frontière, littéralement parlant. J'étais intéressé mais je n'avais pas de contact politique. Il me

répond : je connais le chef du Parti Libéral du Québec; je vais lui dire que tu es intéressé. De fil en aiguille, je me retrouve à présider le comité constitutionnel du Parti Libéral du Québec avec Yves-Marie Morissette qui est juge à la Cour d'appel du Québec, Marc-André Blanchard qui est maintenant notre ambassadeur à l'ONU, Michel Bélanger, ancien président de la Banque Nationale, Claude Ryan [ancien ministre dans le gouvernement Bourassa], et Jean-Marc Fournier qui a été longtemps ministre à Québec. On fait un rapport; moi je faisais ça bénévolement; je continuais à enseigner à la Faculté, puis ça s'arrête là.

Quelques mois plus tard, je reçois un coup de téléphone du ministère des Affaires intergouvernementales à Ottawa pour aller travailler avec eux sur les suites à donner au référendum de 1995. Je me suis dit que c'était une belle opportunité, que je vais faire ça pendant un an ou deux puis je retournerai dans mes quartiers à l'université. Ce furent des années passionnantes. J'ai été fonctionnaire, je n'étais pas du côté politique. J'ai été là à partir du moment où la Cour suprême a rendu sa décision dans le renvoi sur la sécession du Québec à l'été 1998 jusqu'à l'adoption de la loi sur la clarté référendaire⁹ en 2000, donc pendant trois ans on a travaillé sur cette loi. Je n'entrerai pas dans le détail parce que c'est sous le sceau de la confidentialité. À l'époque, il y avait le ministre des Affaires intergouvernementales, Stéphane Dion, qui était au courant de ce projet de loi dans ses premières moutures, le Premier ministre, le sous-ministre et moi. On était quatre pendant les six premiers mois durant lesquels ce projet de loi a été discuté et développé, à être au courant. Je peux vous dire qu'à certains égards j'avais des réserves et je les faisais valoir. Cette période a été pour moi la plus difficile parce que je me suis sérieusement posé la question : est-ce que je continue ou est-ce que je rentre dans mes terres et retourne à l'université? Je vous dirai que c'est souvent le cas pour des fonctionnaires, surtout quand vous êtes à un niveau supérieur, où les fonctionnaires sont là pour exécuter ce que le gouvernement élu leur demande de faire mais où vous n'êtes pas nécessairement d'accord pour toutes sortes de raisons. Malgré tout, j'ai fait mon travail. La justification que je trouvais,

c'est que j'avais la chance d'être à l'interne et donc de pouvoir faire valoir mes préoccupations, mes objections etc. Ce que je n'aurais pas pu faire de l'extérieur.

Ce n'est pas un grand secret de vous le dire: tous les grands fonctionnaires à un moment ou un autre de leur vie ont ce genre de dilemme-là. En particulier, dans les ministères sensibles, c'est sûr que les positions que le gouvernement défend ou veut promouvoir ne sont pas nécessairement les vôtres. C'est donc au cours de cette période que j'ai eu les plus grandes interrogations, mais pas au moment de défendre la Loi 101 parce que quand on est avocat dans un dossier, on représente un client, on n'est pas obligé d'être d'accord avec son client. On défend le client qui est venu nous voir avec les meilleurs arguments qu'on a.

HRZ

Dans le cadre des lectures que j'assigne à mes étudiants, on lit, surtout au niveau de la Charte canadienne, beaucoup d'arrêts des années '80 et du début des années '90, par exemple *Irwin Toy*, *Ford* qui aujourd'hui font encore jurisprudence. À ton avis, y a-t-il une qualité dans la jurisprudence de la Cour suprême de cette époque qu'on retrouverait peut-être moins dans la jurisprudence subséquente?

YdM

Je pense qu'une des raisons pour lesquelles on retient plus les grands jugements de cette époque-là, c'est que c'étaient les premiers balbutiements, les jugements fondateurs je dirais, à plusieurs égards. Sur la liberté d'expression, c'est sûr que *Irwin Toy* est un arrêt majeur, c'était le premier où on a articulé le droit à la liberté d'expression de façon aussi complète et donc ces jugements laissent plus de traces que les suivants quand on vient raffiner au fil des années des grands principes déjà établis. Je pense que c'est une bonne raison pour laquelle ces jugements-là continuent de faire jurisprudence aujourd'hui, alors que quand on est rendu dans le figeage ou dans le détail on les retient moins. Les jugements à cette époque-là étaient-ils plus étoffés? Là-dessus je ne voudrais pas me prononcer. Ce qui est clair,

et moi ça me frappe, la Cour suprême sortait 150 à 160 jugements par année. À l'heure actuelle on est plus autour de 60 à 70. Curieusement, chaque juge à la Cour suprême a quatre auxiliaires juridiques alors qu'à l'époque ils n'en avaient qu'un seul, mais bon, il y a toutes sortes d'explications possibles. On voit la même chose dans nos Cours fédérales, à un niveau inférieur: il y a moins de jugements aussi, mais les décisions sont plus complexes qu'à l'époque, les dossiers sont plus complexes et là je ne parle pas juste de la Charte. À l'époque, sur les 150 à 160 jugements que la Cour suprême rendait, il y en avait plusieurs qui étaient relativement simples, alors qu'aujourd'hui, même s'il y en a juste 60 à 70, il n'y en a pas beaucoup dont on peut prévoir l'issue sans risque de se tromper. Il faut prendre cela en considération. Il y avait à l'époque beaucoup plus de décisions en matière de partage des compétences qu'il n'y en a aujourd'hui et ça aussi ce n'étaient pas des décisions faciles. La seule explication que je puisse concevoir, c'est que les décisions à l'époque étaient fondatrices en matière de Charte, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui.

HRZ

Je vois que le temps file; sur ces mots je vous remercie pour vos questions. M. le juge, cher Yves, nous sommes vraiment contents que tu aies accepté de partager ce moment avec nous...

YdM

Ce que je vous dirai en terminant: n'ayez pas peur d'essayer des choses pour lesquelles vous pensez que vous n'êtes pas nécessairement faits. Ça m'a pris vingt ans pour comprendre ça. Ce n'est pas pour déprécier mon passage à l'Université, c'est peut-être la plus belle job que j'ai eu, d'enseigner à l'Université, mais j'étais convaincu que je ne pouvais pas faire d'autre chose que dans ce nid. Puis quand j'ai fait le premier saut au gouvernement du Québec et ensuite au gouvernement fédéral, j'ai réalisé que, ma foi, il y avait d'autres choses qui m'intéressaient. Si vous m'aviez dit, à l'âge que vous avez maintenant, qu'un jour je me retrouverais à la Cour fédérale à faire de la propriété intellectuelle, du droit autochtone, du droit électoral, de l'impôt, j'aurais dit: jamais! Et j'y trouve beaucoup de plaisir. Encore une fois,

mon seul message : n'hésitez pas à sortir de votre zone de confort, la vie est longue, votre carrière sera fructueuse, prenez toutes les occasions qui s'offrent à vous. Le pire qui puisse arriver c'est que vous n'aimiez pas ça; vous ferez d'autres choses. Je vous laisse avec ça. Bonne chance et longue carrière!

* * * * *

Cet entretien s'est tenu le 27 novembre 2018 à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Notes

- * Professeur agrégé, Faculté de droit, Université de Montréal
- 1 Voir *Ford c Québec (PG)*, [1988] 2 RCS 712, 54 DLR (4e) 577 [*Ford*]; *Devine c Québec (PG)*, [1988] 2 RCS 790, 55 DLR (4e) 641 [*Devine*]; *Irwin Toy Ltd c Québec (PG)*, [1989] 1 RCS 927, 58 DLR (4e) 577 [*Irwin Toy*].
- 2 L'art. 52 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ [*Charte québécoise*] S, c C-12 lit comme suit : « Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que

cette disposition s'applique malgré la Charte. » Jusqu'en 1982, la version antérieure de cette disposition ne visait que les art. 9 à 38.

- 3 *Loi concernant la loi constitutionnelle de 1982*, RLRQ c L-4.2.
- 4 *Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 RCS 721, 19 DLR (4e) 1.
- 5 Dans un discours remarqué à Sept-Îles durant la campagne électorale fédérale de 1984, Brian Mulroney avait promis de faire en sorte que le Québec adhère à la Constitution canadienne « dans l'honneur et l'enthousiasme ».
- 6 Voir la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1988, c 54, arts 1, 6.
- 7 « *Charte Québécoise, supra note 2, art 9.1* : ». Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.
La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice. »
- 8 *Alliance des professeurs de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1985] C.A. *Alliance des professeurs de Montréal c Québec (PG)*, [1985] CA 376 (CA), 21 DLR (4e) 354.
- 9 *Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec*, L.C. 2000, c 26.

