

La liberté de circulation des étudiants au Canada : une liberté garantie et quasi absolue

Chantal Jacquier

Volume 16, Number 3, 1985

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1059282ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1059282ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Jacquier, C. (1985). La liberté de circulation des étudiants au Canada : une liberté garantie et quasi absolue. *Revue générale de droit*, 16(3), 511–574.
<https://doi.org/10.7202/1059282ar>

Article abstract

Does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to universities? The author answers in the affirmative and examines the way section 6 of the *Charter*, on mobility rights, benefits Canadian university students. By interpretation of section 6, the province of residence of university students shall not be taken into account for the purpose of admission to institutions and determination of tuition fees.

After looking at the first seven judgments of the Supreme Court on the *Charter*, the author points out that section 6, despite the limits it contains, and section 1 of the *Charter* cannot easily restrict the guaranteed mobility rights in respect of those students.

Finally, this paper examines the validity of the various means of establishment, at the federal level, of pan-Canadian criteria for the training of post-secondary students which would favour their mobility a greater extent than that provided under the *Charter*.

La liberté de circulation des étudiants au Canada : une liberté garantie et quasi absolue*

CHANTAL JACQUIER

Avocate**

RÉSUMÉ

La Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-elle aux universités? L'auteur répond par l'affirmative et examine dès lors comment les étudiants canadiens bénéficient de l'article 6 de la Charte sur la liberté de circulation : il ressort que pas plus à l'admission aux études supérieures que dans la fixation des frais de scolarité, les universités ne peuvent prendre en considération la province de résidence des étudiants.

L'auteur, à la lumière des sept premiers arrêts rendus par la Cour suprême sur la Charte, estime par ailleurs que l'article 6, malgré les restrictions qu'il comporte, de même que l'article 1 de la Charte peuvent difficilement apporter des limites à la liberté de circulation des étudiants.

L'auteur examine enfin la légalité des moyens qui pourraient être

ABSTRACT

Does the Canadian Charter of Rights and Freedoms apply to universities? The author answers in the affirmative and examines the way section 6 of the Charter, on mobility rights, benefits Canadian university students. By interpretation of section 6, the province of residence of university students shall not be taken into account for the purpose of admission to institutions and determination of tuition fees.

After looking at the first seven judgments of the Supreme Court on the Charter, the author points out that section 6, despite the limits it contains, and section 1 of the Charter cannot easily restrict the guaranteed mobility rights in respect of those students.

Finally, this paper examines the validity of the various means of establishment, at the federal level,

* Le présent article reprend certaines parties de la thèse de maîtrise en droit de l'auteur, *La liberté d'établissement des médecins au Canada : confrontation du droit et des faits*, Université d'Ottawa, mai 1984. L'ensemble a cependant été remanié, pour toucher non plus le domaine de la santé mais celui de l'enseignement universitaire, et pour tenir compte des arrêts rendus depuis mai 1984 par la Cour suprême du Canada sur la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'auteur remercie le professeur Daniel Proulx de l'Université d'Ottawa pour les conseils qu'il lui a donnés à cette fin.

** L'auteur est conseiller législatif au ministère de la Justice, à Ottawa. Les opinions qu'elle exprime dans le présent article n'engagent toutefois qu'elle-même.

envisagés au niveau fédéral pour établir des normes pan-canadiennes de formation avec l'idée de favoriser, plus encore que ne le fait la Charte, la liberté de circulation des étudiants.

of pan-Canadian criteria for the training of post-secondary students which would favour their mobility to a greater extent than that provided under the Charter.

SOMMAIRE

Introduction	513
I. Une liberté garantie aux Canadiens	513
A. Une liberté opposable à l'autorité universitaire	515
B. Le but fondamental de l'article 6 de la Charte : des déplacements sans entrave	520
1) Le droit de se déplacer dans tout le pays	521
2) Le droit d'aller chercher une formation dans toute province	524
3) L'élimination du critère de la résidence	526
4) Comparaison avec les États-Unis	528
5) Invalidité des distinctions faites par les universités	530
C. Une liberté illusoire pour les étudiants immigrants	531
1) Les titulaires de la « liberté d'établissement »	532
2) L'arrêt <i>Skapinker</i>	534
II. Une liberté quasi absolue	537
A. Les règles universitaires : des lois et usages d'application générale?.....	537
B. L'éducation : un service social public?	541
C. La validité des programmes de promotion sociale pour les étudiants.....	543
D. La validité de moyens proportionnés à un objectif suffisamment important	545
1) L'application limitée de l'article 1	546
2) La « raisonnable » du moyen et non de l'objectif	550
3) Les objectifs importants dans une société libre et démocratique	553
III. La liberté de circulation des étudiants et le financement des universités par le gouvernement fédéral.....	560
A. L'objectif fédéral.....	560
1) L'intérêt national.....	561
2) La mobilité étudiante.....	562
B. Les moyens envisagés.....	565
1) Des contributions pécuniaires conditionnelles	566
2) Un énoncé de principe dans une loi.....	570
3) Des ententes fédérales-provinciales	571
4) Une modification constitutionnelle.....	572

INTRODUCTION

Dix décisions¹ ont été rendues sur la « liberté d'établissement » garantie par l'article 6 de la *Charte canadienne des droits et libertés*². L'une vient de la Cour suprême, l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*³. Aucune n'a encore été rendue dans un contexte étudiant. Or quelles possibilités ont les étudiants de se déplacer d'une province à une autre pour y recevoir une formation et essentiellement pour être admis à l'université de leur choix depuis l'adoption de la *Charte*? La liberté d'établissement est-elle pour eux réelle ou illusoire? En mesurer l'éventuelle relativité, examiner aussi la légalité de certaines formes de financement de l'enseignement universitaire que le gouvernement fédéral pourrait considérer propres à réaliser l'objectif de libre circulation, voilà l'objet du présent article.

I. UNE LIBERTÉ GARANTIE AUX CANADIENS

L'article 6 de la *Charte canadienne* pose le principe de « liberté d'établissement » et apporte des limitations à l'exercice de cette liberté de la façon suivante :

6(2) Tout citoyen canadien et toute personne ayant le statut de résident permanent au Canada ont le droit :

- a) de se déplacer dans tout le pays et d'établir leur résidence dans toute province;
- b) de gagner leur vie dans toute province.

1. *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, 145 D.L.R. (3d) 502 (C.A. Ont.), 137 D.L.R. (3d) 666 (H.C.J.) (contexte professionnel); *Re Demaere and The Queen in right of Canada*, [1983] 2 C.F. 755 (C.A.) (contexte d'emploi); *Malartic Hygrade Gold Mines (Québec) Ltd c. R.*, [1982] C.S. 1146 (contexte professionnel); *Black et al. c. Law Society of Alberta*, (1984) 13 D.L.R. (4th) 436 (Alta. Q.B.) (contexte professionnel); *Basile c. Attorney-General of Nova Scotia*, (1984) 11 D.L.R. (4th) 219 (C.A.) (contexte de permis de vendeur); *Re Groupe des Éleveurs de Volailles de l'Est de l'Ontario et al. and Canadian Chicken Marketing Agency*, (1984) 28 A.C.W.S. (2d) 230 (C.F.) (contexte de quotas de vente); *Kingsbury c. Minister of Social Services for the Province of Saskatchewan*, (1982) 4 C.R.R. 151 (Sask. U.F.C.) (contexte de garde d'enfant); *Re Storey and Zazelenchuk*, (1982) 21 Sask. R. 158 (Sask. Q.B.) (droit de vote non visé par l'article 6); *Regina c. Puzzella*, (1983) 22 M.P.L.R. 201 (C.A. Ont.) (règlement municipal en cause); *Re Mia and Medical Services Commission of British Columbia*, 21 mars 1985 (B.C.S.C.) (contexte professionnel : médecine).

2. *Loi de 1982 sur le Canada*, Annexe B, 1982 (R.-U.), chap. 11.

3. *Supra*, note 1.

- (3) Les droits mentionnés au paragraphe (2) sont subordonnés :
- a) aux lois et usages d'application générale en vigueur dans une province donnée, s'ils n'établissent entre les personnes aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle;
 - b) aux lois prévoyant de justes conditions de résidence en vue de l'obtention des services sociaux publics.
- (4) Les paragraphes (2) et (3) n'ont pas pour objet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer, dans une province, la situation d'individus défavorisés socialement ou économiquement, si le taux d'emploi dans la province est inférieur à la moyenne nationale. »

S'y ajoutent les limitations prévues par l'article 1 de la *Charte* :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

L'article 6 touche un domaine que n'abordent pas les *Lois constitutionnelles de 1867 à 1930*. Il n'a par ailleurs pas d'équivalent dans la *Déclaration canadienne des droits*⁴. Il n'y a pas non plus de disposition comparable dans la *Constitution des États-Unis d'Amérique*⁵. Nous verrons que le domaine n'est pourtant pas nouveau au Canada et qu'aux États-Unis la liberté de circulation entre les États est considérée comme une liberté fondamentale.

Les étudiants peuvent-ils jouir de cette liberté qui a aujourd'hui valeur constitutionnelle au Canada? La chose est moins évidente qu'il y paraît.

Pour qu'une université ne puisse opposer la province de résidence à un étudiant qui espère recevoir une formation supérieure dans cette université, il faut premièrement que la *Charte* s'applique à l'autorité universitaire. Deuxièmement, il faut concevoir que la liberté d'établissement contienne le droit de se déplacer sur le territoire national sans égard au lieu habituel de résidence de l'étudiant, en analysant en particulier si le droit de gagner sa vie dans toute province sous-tend le droit de recevoir une formation dans n'importe quelle province. Troisièmement, il faut scruter l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*⁶, premier arrêt rendu par la Cour suprême sur la *Charte canadienne*, qui donne une interprétation extrêmement technique, voire restrictive, de l'article 6 que commencent à démentir les arrêts suivants sur l'interprétation d'autres articles de la *Charte*⁷.

4. S.R.C. 1970, App. III.

5. Adoptée en 1788. Traduction dans R.V. Denenbert, *Introduction au système politique des États-Unis*, Paris, Economica, 1979.

6. *Supra*, note 1.

7. *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66 (jugement rendu le 26 juillet 1984); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 (jugement rendu le 17 septembre 1984); *Singh et autres c. M.E.I.*, [1985]

A. UNE LIBERTÉ OPPOSABLE À L'AUTORITÉ UNIVERSITAIRE

L'article 6 de la *Charte* confère clairement à l'individu — citoyen canadien ou résident permanent — une protection contre l'autorité étatique. Le paragraphe 32(1) de la *Charte* édicte en effet que celle-ci s'applique :

- a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-ouest;
- b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Protection donc contre l'autorité législative, du Parlement du Canada d'une part, c'est-à-dire de la Reine, du Sénat et de la Chambre des communes⁸, et des parlements provinciaux⁹ d'autre part, c'est-à-dire du lieutenant-gouverneur et de l'assemblée législative de chaque province. L'autorité législative à laquelle participe le gouvernement doit respecter la *Charte*. Les personnes et organismes, y compris l'exécutif, à qui cette autorité délègue son pouvoir légiférant, doivent également respecter la *Charte* :

[...] il existe une relation intime entre le pouvoir original de législation et le pouvoir de législation déléguée. Celui-ci n'existe que par la force de celui-là et il paraît incompatible avec une saine doctrine que le pouvoir original puisse délier le pouvoir délégué d'une obligation constitutionnelle à laquelle le pouvoir original est lui-même tenu [...] ¹⁰.

Partant, l'article 6 est opposable aux lois ainsi qu'à la législation déléguée. La législation déléguée s'entend des « règlements adoptés par un gouvernement, ministre ou groupe de ministres, y compris les règlements modifiant les règlements établis par un organisme subordonné ainsi que les règlements et règles de l'Administration et des organismes parapublics soumis à l'approbation d'un gouvernement, ministre ou groupe de ministres », selon l'arrêt *P.G. du Québec c. Blaikie* (n° 2)¹¹ et l'arrêt sur le *Renvoi concernant les droits linguistiques au Manitoba*¹². Dans le contexte de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l'article 23

1 R.C.S. 178; R. c. *Big M Drug Mart Ltd*, C.S.C., 24 avril 1985; *Operation Dismantle c. R.*, C.S.C., 9 mai 1985; R. c. *Therens*, C.S.C., 23 mai 1985. Dans ces arrêts, la Cour suprême utilise plutôt comme méthode d'interprétation la méthode téléologique qui insiste sur le but poursuivi par le législateur constitutionnel.

8. Art. 17 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

9. Art. 69 et suiv. de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

10. *Blaikie* (n° 1) c. *P.G. de la Province de Québec*, [1978] C.S. 37, conf. par [1978] C.A. 351 et [1979] 2 R.C.S. 1016; cité dans *Malaric Hygrade Gold Mines (Quebec) Ltd c. R.*, *supra*, note 1, voir pp. 1153-1154.

11. *P.G. du Québec c. Blaikie* (n° 2), [1981] 1 R.C.S. 312, p. 333.

12. Jugement unanime rendu par la Cour suprême du Canada le 13 juin 1985 (pp. 25-26 de la version française des motifs de la cour).

de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*¹³, où il s'agissait d'interpréter respectivement les mots « loi » et « acte de la législature » (*law*), les règles et directives de régie interne et les règlements d'organismes municipaux ou scolaires ne sont pas de la législation déléguée. Dans le contexte de l'article 32 de la *Charte*, où il ne s'agit pas d'interpréter ces mots, la seule référence à Parlement et à législature semble par contre indiquer que non seulement la loi mais aussi les règles édictées et les décisions prises en application de la loi sont visées.

Il y a protection également contre le gouvernement en tant qu'autorité exécutive. « Gouvernement », organe qui exerce le pouvoir exécutif, est en effet, au paragraphe 32(1) de la *Charte*, opposé à « parlement », organe qui exerce le pouvoir législatif. La Reine, qui est au cœur du gouvernement¹⁴, et par suite le gouverneur général¹⁵ et les lieutenants-gouverneurs des provinces¹⁶ sont donc visés. Le sont également le Conseil privé de la Reine pour le Canada en vertu de l'article 11 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le cabinet fédéral¹⁷ en vertu d'une convention constitutionnelle, ainsi que les conseils exécutifs provinciaux en vertu de l'article 63 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

L'article 6 est donc opposable à tous les actes de l'exécutif, y compris aux décisions politiques prises dans l'exercice de la prérogative royale. L'expression « pour tous les domaines relevant » de l'autorité législative fédérale ou provinciale, c'est-à-dire pour toutes les matières énumérées aux articles 91, 92 et autres de la *Loi constitutionnelle de 1867*, n'exclut pas en effet ce type de décisions puisque l'autorité législative peut toujours réduire le domaine de la prérogative royale¹⁸. La Cour suprême, par la voix des juges Dickson et Wilson, a d'ailleurs unanimement jugé la *Charte* opposable aux décisions du cabinet dans l'arrêt *Operation Dismantle c. La Reine*¹⁹.

13. S.R.C. 1970, app. II.

14. Art. 9 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; R. c. *The Bank of Nova Scotia*, (1885) 11 R.C.S. 1, p. 19.

15. Art. 10 et 12 à 14 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; *British Coal Corporation c. R.*, [1935] A.C. 500.

16. Art. 58 à 67 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; *Liquidators of the Maritime Bank c. Receiver General of New-Brunswick*, [1982] A.C. 437.

17. Sur le statut du cabinet, voir H. BRUN & G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, Cowansville, Éd. Yvon Blais Inc., 1982, p. 261; R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, tome I, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1984, pp. 70-79.

18. La Reine n'a que les prérogatives que la loi tolère; *Proclamations Case*, (1611) 12 Co. Rep. 74, p. 76. Sur l'application de la *Charte* aux décisions du cabinet, voir Yves DE MONTIGNY, « La Charte des droits et libertés, la prérogative royale et les questions politiques », (1984) 44 R. du B. 156, pp. 162-168; Peter W. HOGG, « La Charte canadienne des droits et libertés et la Déclaration des droits : comparaison », dans G.A. BEAUDOIN et W.S. TARNOPOLSKY (éd.), *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson & Lafleur/Sorej, 1982, pp. 7-8.

19. Juge Dickson : p. 15 de la version française des motifs; juge Wilson : pp. 7-8 de la version française des motifs. C'était également l'opinion de la majorité en Cour fédérale d'appel (juges Pratte, Le Dain et Ryan) : [1983] 1 C.F. 745, p. 751, p. 756 et p. 764.

La *Charte* protège aussi les particuliers contre tous ceux qui agissent au nom du gouvernement, c'est-à-dire contre les agents de Sa Majesté. Les termes « gouvernement » et « Sa Majesté », qui s'équivalent, comprennent en effet les agents de celle-ci²⁰. Les agents de Sa Majesté, ce sont bien sûr les ministres et fonctionnaires. Ce sont aussi tous ceux, personnes ou organismes, sur lesquels le gouvernement exerce un contrôle²¹. Il faut donc considérer la loi et, à défaut de disposition expresse de celle-ci, voir si, dans l'exercice des pouvoirs qui sont confiés à une personne ou à un organisme, il y a dépendance constante par rapport au gouvernement²². L'article 6 est ainsi opposable sans distinction à tous les actes que posent les agents de l'État, y compris à ceux qu'ils posent par suite de directives ou conformément à des usages.

Reste la question de savoir si l'article 6 donne également à l'individu une protection contre l'autorité qui n'est pas à proprement parler étatique. La *Charte* s'applique-t-elle aux universités à qui la jurisprudence a toujours refusé le statut de mandataire du gouvernement²³? Certes en Ontario, le *Crown Agency Act*²⁴ prévoit que "*Crown agency means a [...] university owned, controlled or operated by Her Majesty in right of Ontario or by the Government of Ontario or under the authority of the Legislature or the lieutenant Governor in Council*" (art. 1) et que "*A Crown agency is for all its purposes an agent of Her Majesty and its powers may be exercised only as an agent of Her Majesty*" (art. 2). Il est à prévoir

20. *Formea Chemicals Ltd c. Polymer Corporation Ltd*, [1968] R.C.S. 754, pp. 758-759.

21. Voir *Banque de Montréal c. Cie de Bois D.S.L. Ltée*, [1977] C.S. 27, p. 33 et surtout *Cie d'assurances Fidélité du Canada c. Cronkrite Supply Ltd*, [1979] 2 R.C.S. 27, p. 29 où le juge Martland cite au nom de la cour le juge Ritchie dans *Westeel-Rosco Ltd c. Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Centre*, [1977] 2 R.C.S. 238 : « Le point de savoir si un organisme donné est un mandataire de la Couronne dépend de la nature et du degré de contrôle que la Couronne exerce à son égard ».

22. *City of Halifax c. Halifax Harbour Commissionners*, [1935] R.C.S. 215 (services non seulement publics mais aussi gouvernementaux); *Union Packing Co. Ltd c. The King*, [1946] Ex. C.R. 49 (appel à la Cour suprême autorisé sur d'autres points : [1946] R.C.S. 456). Sur la qualité de mandataire du gouvernement en général, voir P. GARANT et G. LECLERC, « La qualité d'agent de la Couronne ou de mandataire du gouvernement », (1979) 20 *C. de D.* 485.

23. *Scott c. Governors of University of Toronto*, (1913) 10 D.L.R. 154, p. 156 (Ont. S.C.); *Powlett c. University of Alberta*, (1934) 2 W.W.R. 209, pp. 264-265 (Alta. C.A.); *Re Taxation of University of Manitoba Lands*, (1940) 1 D.L.R. 579, pp. 595-596 (C.A. Man.); *Governors of the University of Toronto c. M.N.R.*, (1950) 2 D.L.R. 732, p. 750 (Ex. C.). Sur l'indépendance des universités, voir Yves OUELLETTE, « Le contrôle judiciaire sur l'université », (1970) 48 *R. du B. can.* 631, p. 632.

24. R.S.O. 1980, chap. 106.

toutefois qu'une interprétation restrictive serait donnée à ces dispositions qui ne sont pas présumées déroger à la *common law* : les tribunaux analyseraient la nature de l'université en cause et le degré de contrôle que la Couronne exerce sur elle²⁵ pour déterminer si cette université est ou non un mandataire du gouvernement²⁶.

On a dit que traditionnellement le but d'une charte constitutionnelle est de réglementer les seules institutions de l'État²⁷. Il nous semble pourtant difficile d'admettre qu'une double éthique régie la société, l'une applicable aux rapports entre l'État et les particuliers, l'autre applicable aux rapports entre l'autorité non étatique et ces mêmes particuliers, voire aux particuliers entre eux. Il ne peut en être ainsi pour les raisons suivantes.

Premièrement, le fait que le paragraphe 32(1) ait prévu expressément l'application de la *Charte* au gouvernement n'exclut pas la possibilité que la *Charte* s'applique à d'autres qu'à lui. Ce paragraphe devait préciser « gouvernement » pour pouvoir lier Sa Majesté et ses agents et aucun mot comme « seulement » ne vient suggérer l'application de la *Charte* au seul gouvernement en dehors du Parlement²⁸.

Deuxièmement, le paragraphe 6(2) garantit des droits à des personnes physiques. En vertu de quel principe ces droits individuels, consacrés par la *Constitution* et non par une simple loi, cesseraient de l'être face à une autorité non étatique, d'autant plus qu'il pourrait être aisé de contourner la *Charte* par le recours à des agents non gouvernementaux ? D'ailleurs, l'article 24 de la *Charte* ne donne-t-il pas droit à réparation à toute victime de la violation ou négation d'un droit garanti²⁹ ?

Troisièmement, l'alinéa 6(3)a) parle d'« usages d'application générale » et les paragraphes 6(4) et 15(2) de « programmes ou activités ». En matière d'éducation, les uns et les autres peuvent plutôt être le fait d'organismes non étatiques. Comment alors concevoir que des politiques d'universités, établissant une distinction en fonction de la province

25. *Supra*, note 21.

26. Voir par analogie *R. c. Ontario Labour Relations Board*, (1963) 38 D.L.R. (2d) 530 (Ont. C.A.).

27. Peter HOGG, *loc. cit. supra*, note 18, pp. 7-8 (l'auteur met toutefois curieusement les universités dans la liste des organismes qui exercent des fonctions gouvernementales); K. SWINTON, « Application de la Charte canadienne des droits et libertés », dans G.A. BEAUDOIN et W.S. TARNOPOLSKY (éd.), *op. cit. supra*, note 18, pp. 54-74; Dale GIBSON, « La mise en application de la Charte canadienne des droits et libertés », dans G.A. BEAUDOIN et W.S. TARNOPOLSKY (éd.), *op. cit. supra*, note 18, p. 651.

28. MORRIS MANNING, *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982*, Toronto, Emond-Montgomery Ltd, 1983, pp. 115-126. Le gouvernement ne peut être en effet lié que par des termes exprès ou par implication nécessaire : *A.G. c. De Keyser's Royal Hotel Ltd*, [1920] A.C. 508, p. 538; *British Coal Corp. c. R.*, *supra*, note 15, p. 519; *Province of Bombay c. City of Bombay*, [1947] A.C. 58, p. 62.

29. Voir D. LLUELLES et P. TRUDEL, « L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux rapports de droit privé », (1984) 18 R.J.T. 219, p. 227.

de résidence, puissent être valides alors que de semblables politiques gouvernementales ne le seraient pas ?

C'est donc l'arbitraire public tout autant que privé que l'article 6 de la *Charte* veut, dans la mesure de cet article, contrer³⁰.

À tout le moins, les mots « pour tous les domaines relevant de cette législature » pourraient suffire à montrer l'opposabilité de la *Charte* aux universités : parce que ce sont des lois qui constituent les universités, la *Charte* s'applique à celles-ci. Les mots ci-dessus renvoient en effet au partage des compétences prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, comme le souligne le juge Wilson dans l'arrêt *Operation Dismantle c. La Reine*³¹. Les rapports universités-étudiants seraient en conséquence assujettis à la *Charte* du seul fait qu'ils découlent de la législation provinciale instituant les universités³².

De plus, dans le contexte d'une charte constitutionnelle des droits et libertés qui doit être interprétée de façon non formaliste³³, le mot « gouvernement » pourrait comprendre toute autorité dont les activités sont supportées par des fonds gouvernementaux et qui a des devoirs envers le public. Ainsi en serait-il des universités à qui la loi confie l'éducation supérieure de la population et qui bénéficient à cette fin de fonds publics. À cet égard, nombreux sont les auteurs qui parlent de la nature publique des universités³⁴. La loi³⁵ en fait parfois état. La jurisprudence l'a plusieurs fois reconnu³⁶. Cela rejoint, semble-t-il, la pensée américaine sur le contrôle

30. *R. c. Lerke*, 12 W.C.B. 325 (Alta. Q.B.). David C. McDONALD, *Legal Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, The Carswell Co. Ltd, 1982, p. 157; MORRIS MANNING, *op. cit. supra*, note 28, p. 121. Voir aussi D. GIBSON, "Distinguishing the governors from the governed : the meaning of 'government' under Section 32(1) of the Charter", (1983) 13 *Man. L.J.* 505; *id.*, "The Charter of Rights and the Private Sector", (1982) 12 *Man. L.J.* 213.

31. *Supra*, note 7, p. 8 de la version française des motifs du juge Wilson.

32. Pour une approche en ce sens, voir BRIAN SLATTERY, "Charter of Rights and Freedoms — Does it Bind Private Persons?", 1985 *R. du B. can.* 148.

33. *Infra*, notes 54, 55 et 56, sur les affaires *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, *Hunter c. Southam Inc.* et *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*

34. P. GARANT, « Loi de l'Université du Québec », (1969) 10 *C. de D.* 362; R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit. supra*, note 17, pp. 202-203; G.H.L. FRIDMAN, "Judicial Intervention into University Affairs", (1973) 21 *Chitty's L.J.* 181; MURRAY G. ROSS, *The University, the Anatomy of Academe*, McGraw-Hill Book Co., 1976, p. 276; P. GARANT, *Aspects juridiques des rapports entre certaines autorités gouvernementales et paragouvernementales et les universités*, Éditeur officiel du Québec, 1980, p. 80; M. BELLAVANCE, « Le Ministère de l'Éducation du Québec et la gestion de l'enseignement supérieur », (1981) 24 *Can. Pub. Adm.* 73 (sur la nature et l'étendue du contrôle gouvernemental sur les activités des universités); A.R. VINING & D.C. MCPHILLIPS, "New Developments in Natural Justice : Their Application to Tenure Decisions", (1982) 27 *McGill L. J.* 330, p. 351.

35. Ainsi, les *Universities Act*, R.S.A. 1980, chap. U-5, par. 17(2) : "It is a duty and function of each university to contribute to the educational and cultural advancement of the people of Alberta at large [...]".

36. *King c. The University of Saskatchewan*, [1969] R.C.S. 678, p. 683; *Re Polten and Governing Council of the University of Toronto*, (1975) 59 D.L.R. (3d) 197, p. 212

du *State Action* en vertu du 14^e Amendement de la *Constitution des États-Unis*³⁷. L'individu serait en effet aux États-Unis protégé contre l'arbitraire tant gouvernemental que privé en matière de liberté de circulation³⁸.

B. LE BUT FONDAMENTAL DE L'ARTICLE 6 : DES DÉPLACEMENTS SANS ENTRAVE

L'article 6 parle de mobilité. La Cour suprême du Canada l'a affirmé dans *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*³⁹. L'article 6 prévoit en effet les droits qu'a une personne de se déplacer à l'intérieur et à l'extérieur des frontières canadiennes. Nous ne traiterons que des déplacements intérieurs.

Deux points doivent être soulignés.

Le premier est que la notion même de liberté d'établissement ne nous est pas étrangère. Une fédération la suppose. C'est ce que montre l'état du droit avant l'adoption de la *Charte canadienne*. C'est ce que montre également la jurisprudence américaine.

Le second point vient de la lecture du paragraphe 6(2) et de l'alinéa 6(3)a) de la *Charte*. Le principe de liberté d'établissement y est libellé en deux temps, de façon positive d'abord, négative ensuite. D'une part, des droits individuels sont en effet affirmés. Ce sont les alinéas 6(2)a) et b). D'autre part, une interdiction est faite à l'« autorité ». C'est l'alinéa 6(3)a) *in fine* : n'établir aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle.

où le juge Weatherston de la Cour divisionnaire de l'Ontario note que l'Université se voyant confier l'éducation d'un grand nombre de citoyens de la province a une responsabilité publique sujette à contrôle judiciaire; *Harekin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, p. 594 où le juge Beetz renvoyant à l'arrêt *Polten* reconnaît la nature à la fois privée et publique de l'université; *Riddle c. University of Victoria*, (1978) 84 D.L.R. (3d) 164 conf. par (1979) 95 D.L.R. (3d) 193, p. 228 (appel à la Cour suprême du Canada refusé : 95 D.L.R. (3d) 193n).

37. Voir à ce sujet Gérard V. LA FOREST, "The Canadian Charter of Rights and Freedoms : an Overview", (1983) 61 *R. du B. can.* 19, p. 28; K. SWINTON, *loc. cit. supra*, note 27, p. 66 et suiv., D. LUELLES et P. TRUDEL, *loc. cit. supra*, note 29, pp. 238-239.

38. *United States c. Guest*, 383 U.S. 745, 757-758 (1966). Sur la doctrine du "State Action", voir Frank R. KEMERER et Kenneth L. DEUTSCH, *Constitutional Rights and Student Life : Value Conflict in Law and Education*, St-Paul, Minn., West Publishing Co., 1979, pp. 39-41 et pp. 77-80; Arval A. MORRIS, *The Constitution and American Education*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1980, pp. 53-57. Voir aussi *Burton c. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715 (1961); à noter que dans *Jackson c. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345 (1975), un lien suffisant entre l'État et la mesure contestée est exigé.

39. *Supra*, note 1, pp. 377-382.

1) Le droit de se déplacer dans tout le pays

Deux droits ont été regroupés à l'alinéa 6(2)a) de la *Charte* : le droit de se déplacer dans tout le pays et celui d'établir sa résidence dans toute province. L'un et l'autre ne sont pas nouveaux.

Contexte international. Ils correspondent à la norme internationale posée par le premier paragraphe de l'article 12 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* auquel l'État canadien a adhéré le 19 mai 1976 et qui est entré en vigueur trois mois plus tard :

Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.

Le premier paragraphe de l'article 13 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁴⁰, déclaration de principe que le *Pacte* cherche à mettre en œuvre par le Protocole facultatif qui s'y rapporte, dit sensiblement la même chose :

Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État.

De même, l'article 2.1 du protocole n° 4 à la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*⁴¹ énonce :

Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.

Contexte canadien antérieur à la Charte. Avant l'adoption de la *Charte*, la Cour suprême du Canada a parlé deux fois de ces droits comme de droits inhérents au statut de citoyen canadien⁴². Le juge Rand souligne en effet, dans l'arrêt *Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd*, qu'« une province ne peut empêcher un Canadien d'entrer sur son territoire, sauf, comme on peut le présumer, dans des circonstances particulières et pour des motifs d'ordre local comme, par exemple, des raisons de santé »⁴³. Le juge Kellock, dans ce même arrêt, ajoute que rien à l'article 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* n'autorise une province à fermer ses frontières à une autre province en refusant l'entrée aux personnes qui s'y présentent⁴⁴. Les propos du juge Rand ont été repris par le juge en chef parlant au nom de la Cour dans l'arrêt *Morgan c. P.G. (I.P.E.)*⁴⁵. Y est également confirmé l'arrêt *Bryden* du Conseil privé voulant qu'une

40. Résolution adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies.

41. Convention européenne signée à Rome le 4 novembre 1950.

42. La compétence sur la citoyenneté appartient au gouvernement fédéral : *A.G. for Ontario c. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193, p. 205.

43. [1951] R.C.S. 887, p. 920.

44. *Id.*, p. 927.

45. [1976] 2 R.C.S. 349, p. 356.

province ne peut empêcher ses habitants de continuer d'y résider, en leur interdisant par exemple d'y gagner leur vie⁴⁶.

Libellé de l'alinéa 6(2)a. On peut prétendre que l'alinéa 6(2)a) de la *Charte* ne crée pas une liberté générale de déplacement mais un droit principal de fixer sa résidence dans une province, ce qui suppose le droit accessoire d'y avoir accès, compte tenu de la version anglaise de cet alinéa⁴⁷. La version anglaise *to move to and take up residence in any province* pourrait en effet être plus restrictive que la version française « se déplacer dans tout le pays et établir [sa] résidence dans toute province ». Les deux versions qui ont égale force de loi⁴⁸ doivent être conciliées.

Premièrement, sur le plan de la syntaxe, « se déplacer dans tout le pays » est sans doute la meilleure façon de rendre *to move to [...] any province* et réciproquement. Bien sûr, on aurait pu dire en français : se déplacer d'une province à une autre⁴⁹, mais le législateur a, semble-t-il, voulu créer un droit général en utilisant l'adjectif « tout » en français et *any* en anglais. Il n'y a pas de différence de fond entre les deux versions.

Deuxièmement, « se déplacer dans » a un sens très général qui n'implique pas nécessairement l'idée de fixer sa résidence. *To move to* également. S'il est possible que le verbe anglais ait, parmi ses nombreux sens, celui restreint de « déménager », l'ambiguïté peut être résolue en se référant au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* qui parle de façon large dans sa version anglaise d'un *right of liberty of movement*. Dans une charte constitutionnelle qui est inspirée d'un instrument international, une interprétation généreuse qui s'harmonise avec les obligations internationales de l'État devrait en effet prévaloir⁵⁰. Or l'alinéa 6(2)a) de la *Charte* par sa similitude avec l'article 12 du *Pacte* pourrait être considéré comme une disposition qui intègre cet article en droit interne⁵¹.

Contexte particulier de l'affaire Skapinker. Il est dommage que le juge Estey dans *The Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, n'ait pas éprouvé le besoin de se référer à la version française de l'article 6 de

46. *Id.*, pp. 356-357, sur l'arrêt *Union Colliery Co. c. Bryden*, [1899] A.C. 580, tel qu'interprété dans *Cunningham c. Tomay Homma*, [1903] A.C. 151, p. 157.

47. Pierre BLACHE, « Liberté de circulation et d'établissement de résidence », dans G.A. BEAUDOIN et W.S. TARNOPOLSKY, *op. cit. supra*, note 18, pp. 314-315.

48. Art. 57 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

49. Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution, 27 janvier 1981, fasc. 46, p. 85 : « Nous disons que l'on peut se déplacer d'une province à l'autre » (Jean Chrétien).

50. *Minister of Home Affairs c. Fischer*, [1980] A.C. 319, p. 328 et p. 330.

51. M. COHEN et A.F. BAYESKY, "The Canadian Charter of Rights and Freedoms and Public International Law", (1983) 61 *R. du B. can.* 265, p. 303. Voir aussi D. TURP, « Le recours au droit international aux fins de l'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés : un bilan jurisprudentiel », (1984) 18 *R.J.T.* 353.

la *Charte*, ni d'ailleurs à l'article 12 du *Pacte international*⁵². Dans le contexte de cette affaire, il s'agissait non pas d'un habitant d'une province désireux de pratiquer le droit dans une autre province, mais d'un américain avec statut de résident permanent installé en Ontario et qui désirait y pratiquer le droit. Il ne se déplaçait pas.

La question était donc de savoir si l'article 6 de la *Charte* était ou non limité aux particuliers en déplacement. Dans l'affirmative, l'alinéa 28c du *Law Society Act* de l'Ontario qui limitait l'accès à la profession d'avocat aux citoyens canadiens et autres sujets britanniques était valide. La cour a effectivement décidé que l'article 6 ne s'appliquait qu'aux particuliers en déplacement⁵³. Et le juge Estey, dans les motifs qu'il donne au nom de la cour, semble dire que les deux droits visés à l'alinéa 6(2)a) n'en font qu'un qui se rapporte au déplacement dans une autre province pour y établir sa résidence⁵⁴.

Des distinctions pourraient toutefois être établies si les faits d'une autre affaire étaient différents. Prenons par exemple le cas d'un étudiant du Québec qui désirerait étudier la médecine en Ontario et à qui on refuserait l'accès à une université ontarienne à cause d'une politique d'admission donnant préférence à ceux qui résident habituellement dans cette province. Il y aurait bien déplacement de la part de l'étudiant sans que ce soit obligatoirement pour y établir sa résidence. Le contenu du droit visé à l'alinéa 6(2)a) devrait alors être analysé sous un angle nouveau.

Voici d'ailleurs ce que dit le juge Estey de l'interprétation à donner de façon générale à la *Charte*:

[...] La *Charte* a été conçue et adoptée pour guider et servir longtemps la société canadienne. Une interprétation étroite et formaliste, qui n'est pas animée par un sens des inconnues de l'avenir, pourrait retarder le développement du droit et par conséquent celui de la société qu'il sert. [...] ⁵⁵

La nécessité d'une interprétation libérale plutôt que formaliste est rappelée encore plus nettement par le juge Dickson dans *Hunter c. Southam Inc.*⁵⁶ puis dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd*⁵⁷.

Il conviendrait donc de concevoir que le droit visé à l'alinéa 6(2)a) s'applique tant aux déplacements provisoires qu'aux déplacements qu'entraîne la fixation ou le changement d'une résidence.

52. *Supra*, note 1. Le fait que la Cour suprême n'ait pas utilisé la version française est également relevé dans S. JOHNSTON, S. MARSHALL et E. BHATTACHARYA, "Supreme Court Charter Decisions, 1984 : An Analysis", (1985) 34 *U.N.B.L.J.* 145, pp. 154-155. *Id.*, pp. 153-154 pour ce qui est des instruments internationaux.

53. *Supra*, note 1, p. 382.

54. *Ibid.*

55. *Id.*, p. 366.

56. *Supra*, note 7, p. 155-156.

57. *Supra*, note 7, p. 80 de la version française des motifs du juge Dickson.

On peut s'interroger d'ailleurs sur le sens du mot « résidence » à l'alinéa 6(2)a). Ce mot a été interprété dans le cadre de la *Loi sur la citoyenneté*⁵⁸. Une personne réside là où elle se trouve présente physiquement de façon habituelle et elle ne cesse pas d'y résider lorsqu'elle quitte temporairement ce lieu pour affaires, vacances ou études⁵⁹. Il pourrait aussi s'agir de résidence principale à l'alinéa 6(2)a) : le verbe « établir » (*take up* dans la version anglaise) accolé au nom « résidence » donne une idée de stabilité; de plus il est question dans la version française de « leur résidence » et non d'« une » résidence qui permettrait de comprendre le pluriel. La version anglaise parle toutefois simplement de *residence*, ce qui pourrait inclure la possibilité d'une deuxième résidence ou d'une résidence temporaire dans une autre province⁶⁰.

2) Le droit d'aller chercher une formation dans toute province

Le droit de gagner sa vie dans toute province fait l'objet de l'alinéa 6(2)b). Lui aussi se rapporte au déplacement dans une autre province, car il « ne doit pas s'interpréter indépendamment de la nature des droits conférés au par. (1) [droit de demeurer au Canada, d'y entrer et d'en sortir] et à l'al. (2)a) »⁶¹. Mais il s'agit cette fois d'un déplacement *en vue* d'un travail sans qu'il soit question d'établir ou non une résidence.

Inexistence d'un droit au travail. Il n'y a pas de norme internationale correspondant à l'alinéa 6(2)b) dans le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. L'article 6 de ce *Pacte* reconnaît « le droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté [...] »⁶². Il garantit un droit social qui oblige l'État à légiférer.

L'alinéa 6(2)b) de la *Charte* garantit par contre un droit individuel d'exercer une certaine activité rémunératrice en n'importe quel lieu

58. *Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, chap. 108, en vigueur depuis le 15 février 1977.

59. *In re Khoury*, [1978] 2 C.F. 75, p. 78; *In re Papadogiorgakis*, [1978] 2 C.F. 208, p. 214. À noter que le par. 2(1) de la *Loi sur l'immigration*, S.C. 1976, chap. 52 et mod. (loi sanctionnée le 5 août 1977), définit le droit d'établissement comme l'« autorisation d'entrer au Canada pour y établir une résidence permanente ».

60. Une personne peut avoir plusieurs résidences en droit fiscal.

61. *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, *supra*, note 1, p. 379.

62. L'État canadien a adhéré à ce Pacte en 1976, sans intégration toutefois dans le droit interne par une loi. Aucune disposition n'en prévoit par ailleurs la mise en œuvre efficace. À noter que la *Déclaration universelle des droits de l'homme* parle uniquement de droit au travail, et non d'un droit de gagner sa vie : « Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail, à la protection contre le chômage » (1^{er} paragraphe de l'art. 23).

du territoire national, droit d'y avoir un emploi, droit d'y exercer une profession, droit d'y faire des affaires ou même droit d'y avoir des revenus⁶³. C'est le droit, dont chacun a la jouissance immédiate, de chercher à s'assurer dans toute province un certain profit matériel sans qu'il y ait intervention directe de l'État.

La différence est de taille et empêche toute analogie entre l'alinéa 6(2)b) de la *Charte* et l'article 6 du *Pacte*. Le Constituant canadien n'a clairement pas voulu conférer aux particuliers des prestations positives de la part de l'État qui soient fonction des ressources de celui-ci.

La Cour suprême a d'ailleurs statué que l'alinéa 6(2)b) ne vise pas à établir un droit distinct au travail, dans *The Law Society of Upper Canada c. Skapinker*⁶⁴. Pour arriver à cette conclusion, la cour a cherché à concilier les paragraphes (1), (2) et (3) de la version anglaise de l'article 6 avec l'intertitre *Mobility rights* qui les précèdent : ces paragraphes et l'intertitre visent encore une fois uniquement les déplacements des personnes⁶⁵.

Contexte canadien antérieur à la Charte. En regard de la *Loi constitutionnelle de 1867* et du droit antérieur à la *Charte*, le droit de gagner sa vie dans toute province constitue à la fois un droit inhérent à la citoyenneté canadienne⁶⁶ et un droit rattaché à la compétence des provinces sur la main-d'œuvre et les services⁶⁷. La jurisprudence qui a précédé la *Charte*, à première vue partagée sur le sujet, est parfaitement conciliable.

D'une part, une loi provinciale qui a pour effet d'empêcher des personnes de travailler est inconstitutionnelle parce qu'elle va à l'encontre du droit de gagner sa vie que confère la citoyenneté canadienne. C'est ainsi que dans *Union Colliery Co. c. Bryden*⁶⁸, le Conseil privé jugea *ultra vires* une loi de la Colombie-Britannique dont le but était d'empêcher les Chinois, naturalisés ou non, de travailler dans les houillères de la province. Dans *Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd*, le juge Rand confirma qu'une province ne peut forcer un Canadien à quitter son territoire en le privant de ses moyens d'existence : « On ne peut le dépouiller de son droit ni de sa capacité d'y séjourner et d'y travailler. Cette capacité constitue un élément inhérent à son statut de citoyen »⁶⁹.

63. Emilio S. BINAVINCE, "The Impact of the Mobility Rights : The Canadian Economic Union — a boom or a bust?", (1982) 14 *Ottawa L. Rev.* 340, p. 356; MORRIS MANNING, *op. cit. supra*, note 28, p. 225.

64. *Supra*, note 1, p. 382. Sur l'inexistence d'un droit au travail à l'article 6, voir aussi *Demaere c. R.*, [1983] 2 C.F. 755, pp. 761-762 (juge Hugessen); Pierre BLACHE, *loc. cit. supra*, note 47, p. 313; GÉRALD-A. BEAUDOIN, *Le partage des pouvoirs*, 3^e éd., Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1983, p. 186.

65. *Infra*, I.C. 2) pour une critique de l'arrêt *Skapinker*.

66. *Supra*, note 42.

67. Al. 92.13 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sur la propriété et les droits civils.

68. *Supra*, note 46, p. 587.

69. *Supra*, note 43, p. 919.

D'autre part, une loi provinciale qui réglemente l'exercice d'un travail ou d'une profession est constitutionnelle. Le domaine des relations de travail et des professions relève en effet des provinces en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁷⁰.

De même, une province s'occupe valablement d'enseignement, domaine relevant des provinces en vertu de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Mais elle ne peut adopter une mesure qui a pour effet d'empêcher ou de limiter l'accès des étudiants des autres provinces à ses universités. En effet, en adoptant une telle mesure, elle manifesterait son intention de nier ou de restreindre, à moyen terme, le droit de ces étudiants de gagner leur vie dans toute province, droit attaché à leur statut de citoyen, indépendamment de la *Charte*. L'interprétation donnée à l'alinéa 6(2)b) par la Cour suprême, dans un contexte professionnel, n'exclut pas la possibilité que le préalable au droit de gagner sa vie dans toute province soit compris dans cet alinéa, à savoir aller chercher dans n'importe quelle province la formation voulue pour exercer une profession ou un métier librement choisi. Surtout si on lit cet alinéa en conjonction avec la fin de l'alinéa 6(3)a) :

Il ne faut pas [...] interpréter le paragraphe (2) comme une disposition distincte, complètement séparée du paragraphe (3)⁷¹.

3) L'élimination du critère de la résidence

La fin de l'alinéa 6(3)a), lu avec le paragraphe (2), en est le négatif. Voici pour rappel cet alinéa :

La liberté d'établissement est subordonnée aux lois et usages d'application générale en vigueur dans une province donnée, *s'ils n'établissent entre les personnes aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle*.

La rédaction en est laborieuse. Pendant de l'affirmation des droits individuels que contient la liberté d'établissement, la fin de cet alinéa oblige expressément l'autorité publique, voire privée, à respecter l'exercice de ces droits par les particuliers dans la mesure indiquée. Le juge Deschênes

70. L'arrêt *Quong-Wing c. R.*, (1914) 49 R.C.S. 440 laissait déjà entendre que la naturalisation ne soustrayait pas les étrangers naturalisés à l'application des lois provinciales d'application générale. Voir J. BROSSARD, *L'Immigration*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1967, p. 63 et p. 66. À noter que le droit de réglementer la propriété foncière est également du ressort des provinces : *Walter c. P.G. de l'Alberta*, [1969] R.C.S. 383; *Morgan c. P.G. de l'Île-du-Prince-Édouard*, *supra*, note 44. Il est douteux toutefois que l'article 6 s'applique à la propriété étant donné que la mention expresse qui en était faite dans l'avant-dernier projet de la *Charte* a été supprimée.

71. *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, *supra*, note 1, p. 379.

en parle comme l'exception de l'exception dans *Malartic Hygrade Gold Mines (Quebec) Ltd c. R.*⁷².

Contexte politique. Il s'agit surtout de faire obstacle à la « citoyenneté provinciale » créée par les lois ou usages d'application générale qui posent comme condition soit une période de résidence, soit la possession actuelle d'une résidence dans une province⁷³. Il est significatif de constater en quels termes cet alinéa du projet de résolution a été présenté le 6 octobre 1980 à la Chambre des communes :

Notre conception du Canada en est une où les citoyens auraient, comme droit absolu, la liberté de s'établir et de chercher du travail partout au Canada sans discrimination fondée sur leur province de résidence antérieure. Autrement dit, l'on ne pourrait empêcher un citoyen de chercher un emploi quelque part au Canada pour la simple raison qu'il vient d'une autre province. Ce droit intrinsèque à la citoyenneté canadienne sera inscrit dans la Charte et liera tous les gouvernements.

Cela ne veut pas dire que les provinces ne peuvent pas imposer leurs lois aux personnes qui viennent ou qui s'installent sur leur territoire. Cela signifie seulement qu'elles ne peuvent pas traiter plus sévèrement certains Canadiens pour la simple raison qu'ils viennent d'autres régions du Canada. Autrement dit, il y aura une seule citoyenneté canadienne et non pas dix citoyennetés provinciales⁷⁴.

Distinction même indirecte visée. Le paragraphe 6(2) de la *Charte* empêche implicitement toute distinction fondée sur la résidence. L'alinéa 6(3)a) l'empêche expressément en insistant sur le fait qu'il ne peut y en avoir ni de directe ni d'indirecte.

Pourquoi en effet l'adverbe « principalement » (*primarily* dans la version anglaise) accolé au participe passé « fondée » à l'alinéa 6(3)a)? Il s'agit d'un adverbe courant qui a le sens qu'il suggère⁷⁵, celui du dictionnaire :

72. *Supra*, note 1, p. 1151.

73. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit. supra*, note 17, p. 139.

74. Débats de la Chambre des communes, 6 octobre 1980, p. 3286 (Jean Chrétien); la dernière phrase a été reprise au cours des débats de la Chambre des communes du 17 février 1981, p. 7375. À noter que des données extrinsèques peuvent servir pour déceler le but d'une disposition mais non pour en fixer l'interprétation : *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, p. 723 (recevabilité des documents et rapports déposés à la Chambre des communes); *R. c. Vasil*, [1981] 1 R.C.S. 469, p. 486 (amorce de recevabilité des débats parlementaires). Sur l'interprétation de la *Charte* en général, voir : DALE GIBSON, « L'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés : considérations », dans G.A. BEAUDOIN et W.S. TARNOPOLSKY (éd.), *op. cit. supra*, note 18, p. 31 et suiv.; ROBIN ELLIOT, "Interpreting the Charter — use of the earlier versions as an aid", (1982) *U.B.C. L. Rev.*, Charter edition, 11. Dans l'affaire *Skapinker*, la Cour suprême a accepté des documents historiques mais n'en a pas fait usage : *supra*, note 1, p. 382.

75. La signification de l'adverbe *primarily* a été examinée dans les jugements suivants : *Le Registraire des Marques de Commerce c. Coles Book Stores Ltd*, [1974] R.C.S. 438, p. 441; *Erder's Beverages (1975) Ltd. c. Reg. T.M.*, [1979] 2 C.F. 735, p. 737; *Re Ukrainian Greek Catholic Parish of St. Michael's*, (1958) 11 D.L.R. (2d) 385, p. 389. Le sens ordinaire y a toujours été retenu.

« avant les autres choses, par-dessus tout »⁷⁶. En d'autres termes, est interdite toute mesure dont le but premier serait de favoriser ou au contraire de défavoriser les habitants d'une province. Cela permettrait de contrer, en recherchant le but de la mesure, non seulement une distinction directe exprimée dans la mesure mais aussi une distinction indirecte non exprimée dans la mesure dont l'effet recherché est identique. Notons que le Constituant emploie le mot « distinction » dans la version française de l'alinéa 6(3)a) et non le mot « discrimination » comme au paragraphe 15(1), le premier s'entendant normalement de ce qui établit une différence et le second du fait de séparer un groupe social des autres en le traitant plus mal⁷⁷. La discrimination a un caractère désavantageux, elle est par essence négative, alors qu'une distinction peut être positive ou négative. Il est vrai que la version anglaise de l'alinéa 6(3)a) et du paragraphe 15(1) ne parle que de *discrimination*. Mais en disant *discrimination among persons* à l'alinéa 6(3)a), plus neutre que *discrimination against*, le Constituant semble avoir voulu couvrir toutes les sortes possibles de distinctions, y compris celles qui ne sont pas à proprement parler discriminatoires⁷⁸.

Pourquoi par ailleurs avoir qualifié la province de résidence d'« antérieure » (*previous* dans la version anglaise) ou d'« actuelle » si ce n'est également pour contrer toute forme de distinction? Distinction négative lorsqu'une mesure frappe ceux qui habitaient précédemment dans une autre province (« province de résidence antérieure »); distinction positive lorsqu'une mesure favorise ceux qui habitent actuellement dans une province au détriment de ceux qui n'y habitent pas (« province de résidence actuelle »).

4) Comparaison avec les États-Unis

Tant que le Canada n'avait pas comme les États-Unis de charte constitutionnelle, la Cour suprême avait évoqué avec réticence la jurisprudence américaine en matière de droits de la personne⁷⁹.

76. *Le Petit Robert*, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris, 1976.

77. *Id.*

78. Sur la discrimination, voir W. TARNOPOLSKY, *Discrimination and the Law in Canada*, Toronto, Richard de Boo, 1982; D. PROULX, « Égalité et discrimination dans la Charte des droits et libertés de la personne : étude comparative », (1980) 10 *R.D.U.S.* 381, p. 423 et suiv. Pour une différence possible entre les distinctions discriminatoires et les distinctions irrationnelles non visées par le par. 15(1) de la *Charte*, voir José WOHRING, « L'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et la langue », (1985) 30 *McGill L.J.* 266, p. 278 et suiv.

79. Voir par exemple *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, pp. 299-300 (juge Hall); *Smythe c. R.*, [1971] R.C.S. 680, p. 687 (juge Fauteux); *Curr c. R.*, [1972] R.C.S. 889, pp. 900-902 (juge Laskin); *Gay Alliance Towards Equality c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 436, pp. 453-454 (juge Martland pour la majorité) et p. 460 et suiv. (juge Dickson, dissident).

Il en va différemment aujourd'hui. Voici en effet ce que dit la Cour suprême dans l'arrêt *The Law Society of Upper Canada c. Skapinker* :

Les tribunaux américains ont presque deux cents ans d'expérience dans l'accomplissement de cette tâche, et l'analyse de leur expérience offre plus qu'un intérêt passager pour ceux qui s'intéressent à cette nouvelle évolution au Canada⁸⁰.

Il n'est donc pas sans intérêt de connaître la conception que se font les États-Unis du principe de liberté de circulation des personnes entre les États⁸¹.

La source de cette liberté (*right to travel*) a été vue d'abord dans les dispositions de la *Constitution des États-Unis* portant sur les privilèges et immunités : à la section 2 de l'article IV⁸² voulant que chaque État accorde aux habitants des autres États les « privilèges et immunités » dont jouissent ses propres habitants (*citizens*); puis dans le début de la section 1 du 14^e Amendement⁸³ :

Toute personne née ou naturalisée aux États-Unis et soumise à leur juridiction, est citoyen des États-Unis et de l'État dans lequel elle réside. Aucun État ne fera ou n'appliquera de lois qui restreindraient les privilèges ou les immunités des citoyens des États-Unis⁸⁴; [...]

Elle a également été vue dans la clause de commerce⁸⁵. La Cour suprême des États-Unis a finalement jugé dans l'arrêt *United States c. Guest* qu'il s'agissait d'une liberté fondamentale implicite dans la Constitution et qu'il

80. *Supra*, note 1, p. 367. Sur l'intérêt comparatif de la jurisprudence américaine pour la Cour suprême, voir S. JOHNSTON, S. MARSHALL et E. BHATTACHARYA, *loc. cit. supra*, note 51, pp. 151-152.

81. Voir en particulier : Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola, N.Y., The Foundation Press Inc., 1978, pp. 953-959 et pp. 1003-1005; Jonathan D. VARAT, "State Citizenship and Interstate Equality", (1981) 48 *U. of Chicago L. Rev.* 487; Maurine GROSSMAN, "The right to travel takes a wrong turn", (1983) 11 *Human Rights* 34; John A. HAYES, *La mobilité économique au Canada, une étude comparative*, étude rédigée pour le gouvernement du Canada, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1982, pp. 79-134; Douglas SCHMEISER et Katherine J. YOUNG, "Mobility rights in Canada", (1983) 13 *Man. L. J.* 615, pp. 620-621.

82. *Corfield c. Coryell*, 6 F. Cas. 546, 552 (C.C.E.D. Pa. 1823) (n° 3230); *Crandall c. Nevada*, 73 U.S. (6 Wall.) 35, 44, 49 (1868); *Ward c. Maryland*, 79 U.S. (12 Wall.) 418 (1871).

83. *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36, 79 (1873); voir GÉRALD GUNTHER, *Cases and materials on Individual Rights in Constitutional Law*, Mineola, N.Y., The Foundation Press Inc., 2nd ed., 1976, pp. 101-103.

84. Traduction tirée de R.V. DENENBERG, *op. cit. supra*, note 5.

85. *Edwards c. California*, 314 U.S. 160 (1941), selon la majorité; cité entre autres dans *United States c. Guest*, *supra*, note 38, pp. 758-759.

n'était pas besoin de la rattacher à un article précis⁸⁶. Le juge Brennan suivit cette approche dans *Shapiro c. Thompson*⁸⁷, ce qui lui permit de se tourner vers la clause, dite de l'égle protection des lois, du 14^e Amendement :

[Aucun État] ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égle protection des lois⁸⁸.

Nous verrons cependant que cette liberté de circulation inter-étatique, bien que fondamentale, est beaucoup plus relative qu'au Canada, lorsqu'elle est exercée par des étudiants.

5) Invalidité des distinctions faites par les universités

En matière d'admission dans les universités, il existe au Canada certaines distinctions, plus positives (admissions préférentielles) que négatives, fondées sur la province de résidence. De plus, même si les législations provinciales actuelles n'autorisent pas les gouvernements provinciaux à dicter aux facultés qui forment les futurs professionnels — avocats ou médecins, par exemple — leurs politiques d'admission, ces gouvernements, par le pouvoir de « taxation » qui leur est conféré par l'alinéa 92.2 et l'article 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, peuvent exercer indirectement un certain contrôle sur l'admission et par suite sur le nombre de professionnels susceptibles d'exercer dans la province⁸⁹.

Or, les alinéas 6(2)a) et b) de la *Charte*, lus avec la fin de l'alinéa 6(3)a), commandent aux universités et aux gouvernements provinciaux de n'accorder aucune préférence aux candidats qui résident dans la province où se trouvent ces universités. De même, ils ne permettent pas la fixation de frais de scolarité plus élevés pour les étudiants qui résident dans d'autres provinces⁹⁰.

86. *United States c. Guest*, *supra*, note 38, pp. 757-758. La liberté de circulation sert plus à faire tomber les barrières artificielles à la mobilité des particuliers qu'à favoriser l'intégration de l'économie nationale : voir Laurence H. TRIBE, *op. cit. supra*, note 81, pp. 953-954; Bernard SCHWARTZ, *Constitutional Law*, N.Y., Macmillan Publishing, 2nd ed., 1979, p. 387.

87. 394 U.S. 618, 630-631 (1969).

88. Traduction tirée de R.V. DENENBERG, *op. cit. supra*, note 5.

89. C'est le cas en médecine : voir C. JACQUIER, *La liberté d'établissement des médecins au Canada : confrontation du droit et des faits*, thèse de maîtrise en droit, Université d'Ottawa, mai 1984, p. 71 et suiv. et p. 74, note 197.

90. Dans *Redline c. University of Alberta Governors*, (1979) 98 D.L.R. (3d) 643, conf. par (1980) 110 D.L.R. (3d) 146 (Alta. C.A.), des frais de scolarité plus élevés pour les étudiants étrangers détenteurs d'un visa que pour les autres étudiants ont été jugés valides. À noter que la fixation des frais de scolarité est un devoir légal de l'université, qui touche non seulement les étudiants mais aussi le public lorsque l'université est largement subventionnée par l'État; l'université doit s'acquitter de ce devoir correctement en tenant

Les règles, directives et politiques universitaires ou gouvernementales devront être revues en conséquence, pour ne pas risquer d'être déclarées inopérantes par un tribunal.

La *Charte* ne vient pas briser l'indépendance ou pseudo-indépendance universitaire⁹¹. Toutefois, au contrôle procédural actuel effectué sur l'université par les tribunaux⁹², s'ajoute un contrôle, en vertu de la *Charte*, sur l'exercice même par l'université de ses pouvoirs discrétionnaires envers les étudiants.

La portée des droits garantis à l'article 6 est suffisamment large pour cela : compte tenu du droit antérieur, du contexte international et du contexte politique au moment de l'adoption de cet article; parce que le but fondamental visé par le Constituant canadien est de permettre les déplacements sans entrave d'une province à une autre; parce qu'enfin le but de l'article 6 doit être regardé dans le but plus large de la *Charte* dans son ensemble, à savoir « garantir et protéger, dans des limites raisonnables, la jouissance des droits et libertés qu'elle enchâsse » comme le juge Dickson le souligne, pour la cour, dans *Hunter c. Southam Inc.*⁹³ et le rappelle dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd*⁹⁴.

C. UNE LIBERTÉ ILLUSOIRE POUR LES ÉTUDIANTS IMMIGRANTS

En vertu du paragraphe 6(2) de la *Charte canadienne*, bénéficient de la liberté d'établissement non seulement les citoyens canadiens, mais aussi les personnes qui ont le statut de résident permanent au Canada. Voilà qui est nouveau en ce qui concerne ces dernières, la jurisprudence antérieure à la *Charte* parlant de liberté d'établissement comme d'une

compte de ses revenus à court et à long terme : jugements *Re Webb and Simon Fraser University*, (1978) 83 D.L.R. (3d) 244 (B.C.S.C.), p. 248 et (1978) 85 D.L.R. (3d) 494 (B.C.S.C.), pp. 500-501. Voir aussi A.E. SAFARIAN, *Le Fédéralisme canadien et l'intégration économique*, étude constitutionnelle rédigée pour le gouvernement du Canada, Ottawa, Information Canada, 1974.

91. *Supra*, note 23 et *Harelkin c. Université de Regina*, *supra*, note 36, pp. 594-596.

92. *Ibid* : PÉPIN et OUELLETTE, *Principes de contentieux administratif*, Éd. Yvon Blais Inc., 1983, 2^e ed., p. 301; Yves OUELLETTE, *loc. cit. supra*, note 23, p. 631; William RICQUIER, "The University visitor", (1978) 4 D.L.J. 674, p. 681 (C.A.Q.); *Re Schabas and Caput of University of Toronto*, (1975) 52 D.L.R. (3d) 495, p. 505 (Ont. H.C.); *McWhirter c. Governors of the University of Alberta* (n° 2), (1979) 103 D.L.R. (3d) 255 (Alta. C.A.); *Kane c. Le conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105, p. 1112 où le juge Dickson, au nom de la majorité, parle de la large mesure d'autonomie de décision du conseil d'administration d'une université auquel la loi donne mandat de siéger en appel.

93. *Supra*, note 7, p. 156.

94. *Supra*, note 7, p. 80 de la version française des motifs du Juge Dickson.

liberté inhérente au seul statut de citoyen canadien. Examinons l'un et l'autre de ces statuts.

1) Les titulaires de la « liberté d'établissement »

« La citoyenneté se définit comme l'appartenance à un État »⁹⁵. C'est un concept à la fois de droit interne et de droit international. Le droit interne fédéral détermine qui sont les citoyens de l'État, personnes physiques à qui sont conférés tous les droits civils et politiques⁹⁶. Le droit international limite le pouvoir discrétionnaire de l'État en exigeant un lien suffisant entre celui-ci et ceux dont il se réclame et à qui il accorde la protection diplomatique vis-à-vis des autres États⁹⁷. L'article 6 de la *Charte* renvoie manifestement à ce concept où le citoyen ne saurait être qu'une personne physique. Ce statut n'existe au Canada que depuis le 1^{er} janvier 1947⁹⁸. La *Loi sur la citoyenneté* actuelle, suivant en cela la pratique internationale des États, prévoit l'acquisition de la citoyenneté canadienne à la naissance ou par naturalisation. L'article 6 de la *Charte*, en parlant simplement de « citoyen canadien », interdit donc toute distinction entre ceux qui sont naturalisés et ceux qui ne le sont pas.

D'autres arguments militent en faveur du fait que la qualité de citoyen canadien indiquée à l'article 6 de la *Charte* n'appartient pas aux personnes morales⁹⁹ : le sens courant de ce mot¹⁰⁰, le fait que ces personnes aient le droit de gagner leur vie dans toute province¹⁰¹, l'interprétation restrictive donnée au mot *citizen* par la jurisprudence américaine¹⁰², les

95. *Winner c. S.M.T. (Eastern)*, *supra*, note 43, p. 918; *Morgan c. P.G. (I.P.E.)*, *supra*, note 45, p. 356.

96. Armand L.C. DE MESTRAL et Sharon A. WILLIAMS, *Introduction au droit international public tel qu'il est interprété et appliqué au Canada*, Toronto, Butterworths, 1982, p. 189.

97. Guy S. GOODWIN-GILL, *International Law and the Movement of Persons Between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pp. 6-7; Richard PLENDER, *International Migration Law*, A.W. Sijthoff/Leiden, 1972, pp. 29-35.

98. *The Canadian Citizenship Act, 1946*, S.C. 1946, chap. 15. Les Canadiens avaient auparavant la seule qualité de « sujet britannique »; voir à ce sujet J. Patrick BOYER, *Political Rights, The Legal Framework of Elections in Canada*, Toronto, Butterworths, 1981, p. 311 et suiv.

99. Stanislas SLOSAR, « La citoyenneté canadienne et ses effets juridiques », (1979) 10 R.D.U.S. 157, p. 177 : les personnes morales peuvent avoir une « nationalité ». Peter W. HOGG, *Canada Act 1982 Annotated*, Toronto, The Carswell Co., 1982, p. 22, laisse entendre que le Parlement pourrait décider d'inclure les compagnies dans le concept de citoyenneté.

100. « Sens moderne : individu considéré comme personne civique » (*Le Petit Robert*, *op. cit. supra*, note 76).

101. Pierre BLACHE, *loc. cit. supra*, note 47, p. 314.

102. Morris MANNING, *op. cit. supra*, note 28, p. 223.

articles 3 et 23 de la *Charte* (droits démocratiques et droits à l'instruction dans la langue de la minorité) applicables également aux citoyens canadiens qui ne peuvent y être que des personnes physiques¹⁰³.

Contrairement au statut de citoyen canadien, celui de résident permanent au Canada ne renvoie qu'au droit interne¹⁰⁴, en l'occurrence à la *Loi sur l'immigration* que peut bien sûr modifier à l'occasion le Parlement du Canada. Cela expliquerait pourquoi le législateur a éprouvé le besoin de préciser « personne ayant le statut de résident permanent au Canada ». Le résident permanent est celui qui a entre autres « obtenu le droit d'établissement », c'est-à-dire « l'autorisation d'entrer au Canada pour y établir une résidence permanente » et n'a « pas acquis la citoyenneté canadienne »¹⁰⁵. Là encore il ne peut s'agir d'une personne morale. La définition du résident permanent par référence au citoyen canadien l'indique : le sens du mot « statut » également : « ensemble de textes qui règlent la situation d'un groupe d'individus, leurs droits, leurs obligations; par ext. cette situation; sa forme juridique »¹⁰⁶; le fait de gagner sa vie; enfin la jurisprudence sur le sens de « résident » dans le contexte de l'immigration¹⁰⁷. L'emploi du mot « personne » qui habituellement désigne les personnes physiques et morales n'est pas déterminant¹⁰⁸. Étendre la liberté d'établissement aux sociétés constituerait par ailleurs un changement trop radical en droit constitutionnel¹⁰⁹.

Le législateur a voulu fondre donc en un seul groupe les citoyens et les résidents permanents en ce qui concerne la liberté d'établissement. Au départ, l'article 8 du projet de loi C-60 de 1978 sur la réforme constitutionnelle ne visait que les citoyens :

Tout citoyen canadien a, dans toute province ou territoire du Canada, indépendamment de sa résidence ou de son domicile passés ou actuels et de son lieu de naissance

- le droit d'établir sa résidence et de jouir en conséquence de la même protection devant la loi en ce qui a trait à sa résidence, et
- le droit d'acquérir des biens et d'assurer sa subsistance, sous réserve des lois d'application générale en vigueur dans la province ou le territoire et sous réserve des restrictions qui peuvent être raisonnablement justifiées

103. Peter W. HOGG, *op. cit. supra*, note 99, p. 22.

104. Les mots « au Canada » ont été ajoutés dans la version déposée en chambre en octobre 1980 pour le laisser clairement entendre.

105. Par. 2(1) de la *Loi sur l'immigration*, *supra*, note 59. Pour détails, voir M. MEUNIER et S. PÉRUSSE, « Les résidents permanents au Canada », (1981) 41 *R. du B.* 469.

106. *Le Grand Robert*, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris, 1985, tome VIII.

107. Peter W. HOGG, *op. cit. supra*, note 99, p. 24.

108. « Personne » n'inclut pas toujours les personnes morales : *Travailleurs unis du Pétrole (local 2) c. Shell Canada Ltée*, [1983] C.A. 162, p. 166.

109. Peter W. HOGG, *op. cit. supra*, note 99, p. 24.

autrement que par son lieu de résidence ou de domicile passés ou actuels ou de son lieu de naissance.

Le rapport de 1978 du comité mixte spécial parlementaire exprima de vives réserves à ce sujet¹¹⁰. Le rapport de l'Association du Barreau canadien recommanda également l'élargissement de la liberté d'établissement aux aubains¹¹¹. Le projet de résolution déposé en 1980 devant le Sénat et la Chambre des communes par le gouvernement du Canada en tint compte : Les résidents permanents furent ajoutés.

Les titulaires de la liberté d'établissement sont aujourd'hui ces deux catégories définies de personnes physiques : citoyens canadiens et résidents permanents. Il importe peu, dans le cas de ceux qui étudient au Canada, qu'ils reçoivent leur formation dans une autre province que celle où ils résident habituellement.

2) L'arrêt *Skapinker*

Cela veut-il dire qu'une province ne peut pas refuser l'accès à des études et ultérieurement à une profession aux résidents permanents qui remplissent les autres conditions que peut poser par ailleurs la loi?

C'était l'avis de la majorité des juges de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Re Skapinker*, pour ce qui est de l'accès à une profession. Ils jugeaient en effet que l'application de l'alinéa 6(2)b) de la *Charte* n'était pas limitée aux particuliers en déplacement. Ils mentionnaient que le droit de gagner sa vie était un droit applicable « dans toute province » et non « dans toute autre province ». Ils considéraient aussi que restreindre l'application de l'alinéa 6(2)b) aux particuliers en déplacement reviendrait à leur donner plus de droits que s'ils n'avaient pas quitté leur province de résidence¹¹².

La Cour suprême¹¹³, donnant raison au juge Arnup, dissident en Cour d'appel, a toutefois décidé que l'alinéa 28c attaqué du *Law Society Act* était compatible avec l'alinéa 6(2)b) de la *Charte*. Le principal motif a été que l'alinéa 6(2)b), dans le contexte de l'article 6 lu avec son intertitre¹¹⁴, n'établit pas un droit au travail. En effet, l'expression anglaise *Mobility rights*, utilisée dans l'intertitre, s'entend, dans son sens ordinaire, des droits d'une personne de se déplacer à l'extérieur et à l'intérieur des

110. Dale GIBSON, "Charter or Chimera? A Comment on the proposed Canadian Charter of Rights and Freedoms", (1979) 6 *Man L. J.* 363, p. 373.

111. *Vers un Canada nouveau*, comité sur la constitution, 1978, p. 144.

112. 145 D.L.R. (3d) 502, pp. 507-508.

113. *Supra*, note 1.

114. *Id.*, pp. 370-377 sur l'utilisation des intertitres, dits « rubriques », dans l'interprétation de la *Charte*; voir aussi pp. 377-381 sur l'analyse de l'al. 6(2)b) dans le contexte de l'art. 6 dans son entier.

frontières nationales, ce qui correspond à la nature des droits conférés au paragraphe 6(1) et à l'alinéa 6(2)a). Or, l'expression « province de résidence antérieure ou actuelle » à l'alinéa 6(3)a) ainsi que l'expression « dans toute province » non seulement à l'alinéa 6(2)a) mais aussi à l'alinéa 6(2)b) montrent que le droit de gagner sa vie garanti par ce dernier alinéa est de la même nature que les précédents. L'article 6 ne traite que de mobilité.

C'est dire qu'une province peut valablement refuser d'admettre les résidents permanents à la pratique d'une profession, voire à des études supérieures. On peut s'étonner cependant que la Cour suprême n'ait pas cherché à donner un effet quelconque au début du paragraphe 6(2). Si le Constituant y a fait mention des résidents permanents, n'est-ce pas en ayant à l'esprit la jurisprudence antérieure qui faisait de la libre circulation un attribut du statut de citoyen canadien? On peut s'étonner aussi que la Cour suprême n'ait pas cherché à voir s'il n'y avait pas distinction indirecte fondée sur la province de résidence. En effet, on peut imaginer le cas du résident permanent qui ne peut exercer sa profession — médecin par exemple — que dans les provinces qui n'exigent pas la citoyenneté canadienne. Si ce résident permanent décide d'emménager dans la province qui fait de la citoyenneté une condition d'accès à cette profession, ne lui nie-t-on pas indirectement le droit de gagner sa vie dans toute province, droit dont il est titulaire en tant que résident permanent? De même, dans le cas d'une université qui donnerait préférence à l'admission aux étudiants qui sont citoyens canadiens, ne nierait-on pas à l'étudiant qui ne détient que le statut de résident permanent son droit d'aller chercher une formation dans la province de son choix et donc ultérieurement de gagner sa vie dans toute province?

Le juge Estey mentionne que voir un droit au travail à l'alinéa 6(2)b) aurait « pour effet de proclamer un droit historique et évident dans le cas des citoyens canadiens » et « entraînerait le gel constitutionnel de la catégorie de « résident permanent » qui n'est apparue que récemment dans la loi fédérale sur l'immigration »¹¹⁵. On comprend mal ce que la cour a voulu dire par là. D'une part, il ne nous semble pas qu'il existe plus un droit au travail pour les citoyens canadiens que pour les résidents permanents. D'autre part, n'est-ce pas la Constitution elle-même qui parle des résidents permanents? L'expression est peut-être nouvelle. La notion ne l'est pas. Et le statut de citoyen canadien n'existe-t-il pas depuis 1947 seulement? Cette mention du citoyen canadien dans la *Constitution* n'empêche pas par ailleurs le gouvernement fédéral de modifier à l'occasion les conditions d'obtention de ce statut. Il ne nous paraît donc pas en ce sens « gelé ».

Enfin, n'y-a-t-il pas contradiction entre cette position de la cour dans l'arrêt *Skapinker* et l'affirmation suivante tirée de l'arrêt *P.G. du*

115. *Id.*, p. 379.

*Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*¹¹⁶, sur les titulaires des droits énoncés à l'article 23 de la *Charte* :

[...] une législature ne peut, par une simple loi, valablement écarter le moyen ainsi choisi par le Constituant [pour identifier les titulaires des droits] et toucher à cette classification. Encore moins peut-elle la refaire ou en remodeler les catégories¹¹⁷.

Le législateur ontarien, si on considère la portée effective de l'alinéa 28c contesté de la *Law Society Act*, ne touche-t-il pas précisément à la classification établie au début de l'article 6?

Les résidents permanents ont en tout cas manqué en partie le but qu'ils avaient recherché en pressant le Parlement de les mentionner au paragraphe 6(2). Ils devront se tourner vers d'autres articles de la *Charte*, comme l'article 15, s'ils veulent avoir les mêmes droits que les citoyens canadiens pour accéder à une profession ou à des études supérieures si une université établissait une distinction entre citoyens canadiens et résidents permanents.

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* sur les droits à l'égalité, aujourd'hui en vigueur, du moins ailleurs qu'au Québec¹¹⁸, pourrait en effet constituer un argument en faveur de l'égalité de traitement des citoyens canadiens et des résidents permanents :

La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Nous n'en ferons pas ici l'examen détaillé. Disons cependant que l'interdiction de toute distinction fondée sur la province de résidence, faite à la fin de l'alinéa 6(3)a), semble être une application du droit « à la même protection et au même bénéfice de la loi indépendamment de toute discrimination » prévu par le paragraphe 15(1)¹¹⁹. L'interdiction de l'alinéa 6(3)a) va en fait plus loin : d'une part, en ne se limitant pas à

116. *Supra*, note 7.

117. *Id.*, p. 86.

118. Cet article n'a pas d'application dans la province de Québec où le législateur y a dérogé par déclaration expresse conformément à l'article 33 de la *Charte* : *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, chap. 21. Dans les autres provinces, l'article 15 a effet depuis le 17 avril 1985, soit trois ans après l'entrée en vigueur de la *Charte* comme l'indique le par. 32(2) de celle-ci. Pour une étude récente de l'article 15, voir André TREMBLAY, « Le principe d'égalité et les clauses anti-discriminatoires », (1984) 18 R.J.T. 329; voir aussi José WOEHLING, *loc. cit. supra*, note 78.

119. Voir à ce sujet : W.S. TARNOPOLSKY, « Les droits à l'égalité », dans G.A. BEAUDOIN et W.S. TARNOPOLSKY (éd.), *op. cit. supra*, note 18, p. 514 et suiv.; *id.*, "The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms", (1983) 61 R. du B. can. 242.

la législation, cet alinéa visant également les usages d'application générale; d'autre part en parlant de distinction (qu'elle soit négative ou positive, discriminatoire ou non) et non pas seulement de distinction discriminatoire (négative)¹²⁰.

Mentionnons à cet égard qu'aux États-Unis les immigrants sont protégés au même titre que les citoyens américains par la clause de l'égalité protection des lois prévue au 14^e Amendement. Des lois des États posant une condition de citoyenneté américaine ont été jugées comme établissant une classification suspecte et ont par suite été assujetties à un contrôle rigoureux. La Cour suprême des États-Unis a ainsi décidé qu'une condition de citoyenneté américaine pour l'admission à la pratique du droit, pour exercer comme ingénieur et même pour recevoir des paiements de services sociaux, violait la clause de l'égalité protection des lois du 14^e Amendement¹²¹.

II. UNE LIBERTÉ QUASI ABSOLUE

L'article 6 de la *Charte canadienne* prévoit dans son corps même des limitations spécifiques au principe de liberté d'établissement : ce sont les alinéas 6(3)a) et b) et le paragraphe 6(4). L'article 1 prévoit une limitation générale. Ajoutons qu'il n'est pas possible d'ignorer les articles 6 et 1, car ils sont soustraits au pouvoir exceptionnel de dérogation conféré au législateur par l'article 33¹²² de la *Charte*.

A. LES RÈGLES UNIVERSITAIRES : DES LOIS ET USAGES D'APPLICATION GÉNÉRALE?

Le début de l'alinéa 6(3)a) subordonne les droits individuels visés au paragraphe 6(2) aux « lois et usages d'application générale en vigueur dans une province ». Il ne parle pas de restriction à la « liberté

120. Emilio S. BINA VINCE, *loc. cit. supra*, note 63, p. 356, en ce qui concerne l'application du par. 15(1) à l'al. 6(3)a).

121. Ont été jugées ainsi invalides des lois concernant l'admissibilité à des services sociaux : *Graham c. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971); à l'éducation : *Nyquist c. Mauclet*, 432 U.S. 1 (1977); à des professions : *In re Griffiths*, 413 U.S. 717 (1973) et *Examining Board c. Flores de Otero*, 426 U.S. 572 (1976); et à des emplois dans la fonction publique : *Lefkowitz c. C.D.R. Enterprises*, 429 U.S. 1031 (1977) et *Sugarman c. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973); toutefois en ce qui concerne ces derniers, la nature de l'emploi et les responsabilités confiées par l'État entrent en considération : *Foley c. Connelie*, 435 U.S. 291 (1978) où les policiers devaient être citoyens.

122. « Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une des dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte. »

d'établissement » mais de subordination. Conformément à l'état du droit antérieur à la *Charte* et en respect du partage des pouvoirs effectué par la *Loi constitutionnelle de 1867*, le début de l'alinéa 6(3)a) permet en effet aux provinces de réglementer l'exercice des droits de se déplacer, d'établir sa résidence et de gagner sa vie n'importe où au pays¹²³.

Qu'entend-on par « lois d'application générale » ? Le juge Dickson, parlant au nom de la Cour suprême, l'a exprimé dans *Kruger c. La Reine* :

Deux critères peuvent nous permettre de déterminer si un texte législatif provincial est une loi d'application générale. En premier lieu, il faut examiner la portée territoriale de la loi. Si la loi n'a pas une portée uniforme sur tout le territoire, rien ne sert d'aller plus loin, il faut répondre par la négative. Par contre si la loi a une portée uniforme sur tout le territoire, il faut en étudier le but et les effets. L'objet et l'intention de la loi ne doivent pas être « relatifs » à un groupe de citoyens. Mais le fait qu'elle soit plus lourde de conséquences à l'égard d'une personne que d'une autre ne l'empêche pas, pour autant, d'être une loi d'application générale. Très peu de lois ont des effets uniformes. On franchit la frontière lorsqu'un texte législatif, bien que traitant d'un autre sujet, a pour effet de porter atteinte au statut ou aux droits d'un groupe particulier [...] ¹²⁴.

Quant à l'expression « en vigueur dans une province », la Cour suprême a jugé dans *R. c. George*¹²⁵ que cela renvoyait à la législation provinciale et aux lois d'Angleterre faisant partie du droit provincial. Nous ne pensons pas toutefois qu'il faille, à l'alinéa 6(3)a), donner à cette expression un sens aussi restrictif. D'une part, la Cour suprême avait dans cet arrêt à se prononcer dans le contexte d'un article de la *Loi sur les Indiens*, qui n'a pas d'équivalent dans la *Charte*¹²⁶. D'autre part, l'alinéa 6(3)a) fait partie d'une charte constitutionnelle qui cherche d'abord à protéger les droits des particuliers contre l'arbitraire de l'État, tant fédéral que provincial, et qui, pour cette raison même, ne doit pas recevoir une interprétation étroite et formaliste. Il n'y a donc pas de raison d'exclure de l'expression « lois et usages d'application générale en vigueur dans une province » les mesures fédérales qui s'appliquent valablement dans une province¹²⁷.

123. *Supra*, p. 17 sur jurisprudence antérieure à la *Charte*.

124. [1978] 1 R.C.S. 104, p. 110.

125. [1966] R.C.S. 267, p. 281.

126. L'art. 87 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, chap. 149, débutait ainsi : "Subject to the terms of any treaty and any other Act of the Parliament of Canada, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect to Indians [...]".

127. Ainsi la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C., chap. P-32. Voir à ce sujet *Demaere c. R.*, *supra*, note 1, p. 759 et pp. 763-765 (juges Hugessen, Ryan et Urie).

Notons aussi que le mot « lois » (*laws*) s'entend également de la législation déléguée, le plus englobant le moins¹²⁸, ainsi que des ordonnances des territoires, puisqu'en vertu de l'article 30 « province » comprend « territoire ». Couvre-t-il autre chose? Nous ne le croyons pas. Le mot « lois » accolé aux mots « en vigueur dans un province » est certainement moins large que l'expression « règle de droit » utilisée aux articles 1 et 52 de la *Charte*. Le fait que le seul mot *law* ait été utilisé dans la version anglaise, au pluriel à l'alinéa 6(3)a) et au singulier à l'article 1, n'y change rien. Dans la recherche du sens commun aux versions française et anglaise de l'alinéa 6(3)a), c'est le sens de législation qu'il faut retenir¹²⁹ car le pluriel anglais *laws* a, comme le mot « lois », un sens moins large que le singulier *law*, que l'on trouve à la fois dans *statute law* et dans *common law*, et ne comprendrait pas cette dernière.

Qu'entend-on par ailleurs par « usages l'application générale », expression apparemment tautologique? En droit civil, l'usage doit « constituer une véritable coutume juridique » et « être ancien, fréquent, général, public et uniforme »¹³⁰. Dans le *Black's Law Dictionary*, le mot *practice* que l'on trouve dans la version anglaise de l'alinéa 6(3)a) de la *Charte* renvoie à *usage* et l'expression *general usage* y est définie comme un usage qui prévaut généralement sur tout le territoire ou est suivi généralement dans une profession ou un commerce donné et qui n'est local ni par sa nature ni dans son application. Par *practices*, on entendrait donc les règles qui suppléent à la loi sans aller à son encontre. Rares sont les décisions qui ont examiné ce mot¹³¹. Mais il semble que le sens du mot anglais *practice* soit moins restrictif que celui du mot français « usage ». Devant la difficulté à dégager un sens commun à ces deux mots, nous dirons qu'étant donné que la fin de l'alinéa 6(3)a) est une façon de réaffirmer le principe de libre circulation des personnes, c'est à la version la plus large répondant à cet objet, qu'il faut donner préférence, en l'occurrence la version anglaise¹³².

Les usages d'application générale seraient donc non pas une véritable coutume mais les règles, non formulées dans un texte législatif, observées dans un secteur d'activité donné.

128. Législation déléguée au sens de : *Blaikie (no 1) c. P.G. de la Province de Québec*, *supra*, note 10, p. 1027; *P.G. du Québec c. Blaikie (n° 2)*, *supra*, note 11, p. 333; *Renvoi concernant les droits linguistiques au Manitoba*, C.S.C., *supra*, note 12, pp. 25-26 de la version française des motifs de la cour. Mais aussi législation déléguée plus « étendue » dans le contexte de la *Charte* qui diffère de celui de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l'art. 23 de la *Loi sur le Manitoba*.

129. Voir P.A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Cowansville, Éd. Yvon Blais inc., 1982, p. 274 et suiv. et p. 413 et suiv.

130. Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1970, n° 286, p. 159.

131. Voir, dans le domaine des relations de travail, le jugement *Dominion-Consolidated Truck Lines Ltd and Teamsters Union*, (1980) 28 L.A.C. (2nd) 45, p. 49, (Ont.).

132. P.A. CÔTÉ, *op. cit. supra*, note 130.

L'alinéa 6(3)a subordonne donc les droits individuels visés au paragraphe 6(2) à la législation et aux règles qui ordonnent de façon uniforme un secteur d'activités, tout en cherchant à faire appliquer le même traitement dans une province à ceux qui y résident et à ceux qui n'y résident pas.

Dans le cas des étudiants, voyons si l'alinéa 6(3)a vise, en ce qui concerne leur formation, les règles universitaires.

Les lois provinciales établissent les structures universitaires : lois privées ou lois publiques, selon la province¹³³. En vertu des pouvoirs discrétionnaires que leur confèrent ces lois, les instances universitaires adoptent des règles internes, par exemple en matière d'admission¹³⁴, qui ne sont pas de la véritable législation déléguée au sens de l'arrêt *Blaikie* et du *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*¹³⁵, ni même de la législation déléguée « étendue ». Certes, on pourrait prétendre qu'une règle universitaire, en matière d'admission et de frais de scolarité, est une « loi » parce qu'elle est établie en vertu des pouvoirs donnés aux instances universitaires par la loi qui constitue l'université. Mais nous ne voyons pas comment il serait possible de considérer cette règle comme « d'application générale », faute de portée territoriale et d'effets uniformes. Les règles universitaires traduisent-elles alors des usages ? Les politiques d'admission à l'étude d'une discipline pourraient constituer des usages d'application générale si elles étaient établies et respectées depuis suffisamment longtemps et qu'elles eussent une portée territoriale et des effets uniformes. Ce pourrait à la rigueur être le cas dans les provinces où, de longue date, il n'y a qu'une faculté dans une discipline donnée. Là où il y en a plusieurs, il faudrait un consensus clair, suivi et respecté, encore que non écrit, sur les politiques d'admission. En ce sens, il ne serait pas impossible que certains gouvernements provinciaux, en exerçant un contrôle sur les dépenses de fonds publics faites par les universités, aient influé sur ces

133. Exemples de lois privées : *Charte de l'Université Laval*, S.Q. 1970, chap. 78; *Charte de l'Université de Montréal*, S.Q. 1966-67, chap. 129 et mod.; *Loi sur l'Université de Sherbrooke*, 2-3 Éliz. II, chap. 136; *The McMaster University Act*, S.O. 1893, chap. 114 et mod.; *The University of Ottawa Act*, S.O. 1964, chap. 148 et mod.; *The Queen's University Act*, S.O. 1916, chap. 110 et mod.; *An act respecting the University of Western Ontario*, S.O. 1982, chap. 92; *An act relating to Dalhousie College and University*, S.N.S. 1935, chap. 104 et mod.; Charte royale accordée en 1821 à l'Université McGill. Certaines universités sont toutefois constituées par loi publique : *The University of Toronto Act*, S.O. 1971, chap. 56 et mod.; *The Memorial University Act*, R.S.N. 1970, chap. 230; *The University of Manitoba Act*, R.S.M. 1970, chap. U-60; *The University of Saskatchewan Act*, R.S.S. 1978, chap. U-6; *Universities Act*, R.S.A. 1980, chap. U-5; *University Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 419.

134. *Infra*, note 144.

135. *Supra*, note 128.

politiques et contribué à créer des usages en matière d'admission. Si tel était le cas, l'alinéa 6(3)a) de la *Charte* interdirait expressément aux universités et facultés de tenir compte de la province de résidence des étudiants.

Même si on ne peut montrer qu'il existe dans une province une loi ou un usage d'application générale en matière d'admission à l'étude d'une discipline, les droits individuels mentionnés au paragraphe 6(2), par le seul effet de ce paragraphe, sont implicitement des droits qu'aucun critère de résidence ne peut restreindre, à moins que l'alinéa 6(3)b), le paragraphe 6(4) ou l'article 1 de la *Charte* ne permettent d'adopter un tel critère.

B. L'ÉDUCATION : UN SERVICE SOCIAL PUBLIC?

L'alinéa 6(3)b) de la *Charte canadienne* permet d'établir des distinctions fondées sur la province de résidence dans la législation sociale. Il s'agit d'une véritable exception à la liberté d'établissement.

Elle a été incluse en octobre 1980 dans le projet de résolution concernant la Constitution du Canada, déposé devant le Sénat et la Chambre des communes. Elle concerne les étudiants au même titre que tout autre citoyen canadien ou résident permanent.

L'alinéa 6(3)b) subordonne le droit de se déplacer dans tout le pays, d'établir sa résidence et de gagner sa vie dans toute province « aux lois prévoyant de justes conditions de résidence en vue de l'obtention des services sociaux publics », dans la mesure où ces lois existent. Car cet alinéa n'implique pas qu'un droit général à des services sociaux soit compris dans le paragraphe 6(2)¹³⁶.

L'expression « services sociaux publics » demande précision. Par cette expression, il faut entendre les avantages que peut obtenir la population dans son ensemble dans le cadre de régimes étatiques — étatiques parce que l'adjectif « publics » (*publicly provided*) l'indique — d'assurance ou d'assistance qui garantissent contre certains risques ou contribuent à améliorer les conditions de vie.

Les mots « en vue de l'obtention de [...] » (*as a qualification for the receipt of [...]* dans la version anglaise) qui précèdent l'expression « services sociaux » montrent en effet qu'il s'agit d'avantages procurés à des personnes et non pas, selon le sens habituel de cette expression, d'organismes chargés de questions sociales. Sont donc visées toutes les lois qui établissent des régimes exorbitants du droit commun et définissent les

136. Peter HOGG, *op. cit. supra*, note 99, p. 25; John B. LASKIN, "Mobility Rights under the Charter", (1982) 4 *Supreme Court Law Rev.* 89, pp. 96-97, parle toutefois d'un droit *prima facie* à recevoir des services sociaux.

conditions d'admissibilité (*qualification* dans la version anglaise de l'alinéa) aux bénéfices offerts.

Faut-il inclure l'enseignement universitaire dans les services sociaux publics¹³⁷? Nous ne le croyons pas. Premièrement, l'alinéa 6(3)b) de la *Charte*, parce qu'il permet de restreindre les droits individuels énoncés au paragraphe 6(2), doit recevoir une interprétation restrictive.

Deuxièmement, voici apparemment quel était l'objectif visé par le législateur en adoptant l'alinéa 6(3)b) :

C'est pour permettre une meilleure administration au niveau provincial qu'il serait permis d'exiger une résidence minimum et raisonnable avant que le service social ou le bénéfice social puisse être donné au bénéficiaire¹³⁸.

Il s'agit donc d'adopter un critère de résidence *administrativement* raisonnable pour les « nouveaux venus »¹³⁹.

Troisièmement, s'il est possible de considérer que les institutions universitaires sont sous un certain angle des services publics parce qu'à vocation d'intérêt général¹⁴⁰, elles gardent une certaine autonomie¹⁴¹. La formation universitaire n'est pas étatisée au Canada¹⁴².

Quatrièmement, il n'est pas de droit à l'enseignement universitaire au Canada¹⁴³. L'enseignement universitaire n'est pas un avantage offert par l'État. L'admission à l'étude d'une discipline relève des affaires internes de l'université¹⁴⁴. L'université a certes généralement le devoir légal d'établir des politiques et critères d'admission généraux et éventuellement les facultés, des politiques et critères particuliers. Mais une faculté a toujours la possibilité de plafonner le nombre de ses étudiants. Car aucune disposition de la Constitution ne garantit un droit à l'enseignement universitaire explicitement ou implicitement¹⁴⁵.

Dès lors, le paragraphe 6(3) ne peut restreindre les droits qu'ont les étudiants de se déplacer librement et les universités ne peuvent donner

137. John B. LASKIN, *loc. cit. supra*, note 136, p. 101. L'auteur laisse entendre que ce pourrait être le cas.

138. Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution, 27 janvier 1981, fasc. 46, pp. 78-79 (Jean Chrétien).

139. Précision apportée par les notes explicatives du projet de résolution déposé en octobre 1980 devant le Sénat et la Chambre des communes (publication du gouvernement du Canada, 1980, p. 17).

140. *Supra*, notes 34 et 36.

141. *Supra*, notes 23 et 91.

142. Le *Universities Act*, R.S.A. 1980, chap. U-5 et mod., art. 67, donne cependant d'importants pouvoirs au ministre "of Advanced Education" en matière d'établissement de programmes.

143. Voir *Pecover c. Bowker and Governors of the University of Alberta*, (1967) 8 D.L.R. (2d) 20 (Alta. S.C.).

144. William RICQUIER, *loc. cit. supra*, note 92, p. 673; Yves OUELLETTE, *loc. cit. supra*, note 23, p. 636.

145. L'article 23 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne parle que d'enseignements primaire et secondaire.

priorité aux étudiants d'une province ni leur facturer des frais de scolarité inférieurs.

C. LA VALIDITÉ DES PROGRAMMES DE PROMOTION SOCIALE POUR LES ÉTUDIANTS

Le paragraphe 6(4) de la *Charte canadienne* permet une certaine distinction fondée sur la province de résidence en n'interdisant pas « les lois, programmes ou activités destinés à améliorer, dans une province, la situation d'individus défavorisés socialement ou économiquement, si le taux d'emploi dans la province est inférieur à la moyenne nationale ».

C'est un paragraphe « de dernière heure » ajouté à la demande de la province de Terre-Neuve. Il fait en effet suite à la proposition du 5 novembre 1981 relative à la charte des droits, faite à l'issue de la Conférence fédérale-provinciale des premiers ministres sur la Constitution¹⁴⁶. Voici le texte de cette proposition :

En ce qui concerne la liberté de circulation et d'établissement, il y aura inclusion du droit d'une province à mettre en œuvre des programmes d'action en faveur des personnes socialement et économiquement désavantagées tant que les taux d'emploi de cette province demeurera inférieur à la moyenne nationale.

L'expression « programme de promotion sociale » n'apparaît ni dans la proposition du 5 novembre 1981 ni au paragraphe 6(4) de la *Charte* si ce n'est dans la note marginale qui n'en fait pas partie et n'est là qu'à titre indicatif. À toutes fins utiles, ce paragraphe permet une discrimination « inversée » fondée sur la province de résidence à l'égard de certains individus défavorisés dans une province.

La Cour suprême du Canada, à l'instar de celle des États-Unis¹⁴⁷, avait admis, avant l'adoption de la *Charte canadienne*, la possibilité de mesures de discrimination « inversée » dans la mesure où la loi habilitante le prévoyait. C'est l'arrêt *The Athabasca Tribal Council c. The Energy Resources Conservation Board of Alberta*¹⁴⁸. Ces mesures ont pour but de permettre à certaines personnes d'arriver « au point de départ en disposant de chances égales à celles de la majorité »¹⁴⁹. « Pour les traiter également, il faut les traiter différemment »¹⁵⁰.

146. Document 800 15/004 signé par le Premier ministre du Canada et les Premiers ministres de neuf provinces. Le Premier ministre du Québec, en désaccord sur la clause de mobilité, ne l'a pas signé.

147. *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); voir W.S. TARNOPOLSKY, *loc. cit. supra*, note 119, p. 534 et suiv.

148. [1981] 1 R.C.S. 699, p. 711.

149. Juge Brennan dans *Regents of the University of California c. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), cité par W.S. TARNOPOLSKY, *loc. cit. supra*, note 119, p. 546.

150. Juges Blackmun dans l'affaire *Bakke*, *supra*, cité par W.S. TARNOPOLSKY, *id.*

Notons que le paragraphe 6(4) de la *Charte* ne parle pas de groupes mais uniquement d'individus, contrairement au paragraphe 15(2) qui permet d'améliorer la situation « d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique [...] » Il ne s'agit pas en effet d'aider un secteur d'activités mais des personnes¹⁵¹. De plus, le paragraphe 6(4) n'exige pas l'existence d'une loi pour assurer la validité des programmes de promotion sociale.

Deux conditions sont prévues au paragraphe 6(4) : d'une part que les personnes soient défavorisées socialement et économiquement; d'autre part que le taux d'emploi¹⁵² dans cette province soit inférieur à la moyenne nationale. Il est possible que la deuxième condition doive être présente non seulement au moment de l'adoption du programme de promotion sociale mais aussi au moment où sa validité sera vérifiée¹⁵³.

Dans le cas des étudiants, à première vue il ne semble guère y avoir d'application possible du paragraphe 6(4). Le gouvernement fédéral pourrait toutefois vouloir assurer la formation d'Indiens défavorisés d'une province ayant par ailleurs un faible taux d'emploi. Le gouvernement fédéral pourrait donc vouloir conclure une entente avec la province concernée afin que soient réservées aux Indiens un certain nombre de places dans des facultés de cette province. Les facultés se trouveraient ainsi à les privilégier légalement¹⁵⁴.

De même, un gouvernement provincial pourrait décider de faciliter l'admission, dans une discipline donnée, d'étudiants de la province venant de milieux défavorisés. Les places qui leur seraient réservées dans les facultés ne seraient pas brigüées à égalité par ceux qui résident et par ceux qui ne résident pas dans la province. Cela serait pourtant valide.

Dans la mesure où la *Charte* s'applique aux universités, le paragraphe 6(4) légalise donc certaines inscriptions préférentielles fondées sur la province de résidence. À cela, s'ajoutent les programmes de promotion sociale qu'envisage le paragraphe 15(2) et qui, dans les autres provinces que le Québec¹⁵⁵, constituent indirectement une autre exception à la liberté d'établissement¹⁵⁶.

151. Voir aussi Émilio S. BINAVINCE, *loc. cit. supra*, note 63, p. 365.

152. Voici comment Gérard DION, *Dictionnaire canadien des relations de travail*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1976, définit le taux d'emploi : « pourcentage des personnes qui occupent un emploi par rapport au nombre de personnes dans la main-d'œuvre », cette dernière étant « l'ensemble des individus aptes au travail en raison de leur âge, de leurs capacités et de leur disponibilité ». Le taux d'emploi est donc la contrepartie du taux de chômage.

153. John B. LASKIN, *loc. cit. supra*, note 136, p. 103; *Re Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 427.

154. Voir *Bloedel c. L'Université de Calgary*, 1 C.N.R.R. D/25, cité par W. S. TARNOPOLSKY, *loc. cit. supra*, note 119, p. 543; D. PROULX, *loc. cit. supra*, note 78, p. 428.

155. *Supra*, note 118.

156. Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution, 27 janvier 1981, fasc. 46, p. 93.

Les paragraphes 6(4) et 15(2), en assurant la validité d'éventuels programmes spéciaux d'admission à l'intention de personnes défavorisées d'une province, évitent ainsi la polémique qui a entouré aux États-Unis la décision partagée des juges de la Cour suprême des États-Unis dans *Regents of the University of California c. Bakke*¹⁵⁷. Avant l'existence de ces dispositions dans la *Constitution du Canada*, on pouvait en effet s'interroger sur la validité de ces programmes, voire en douter¹⁵⁸, lorsque les lois provinciales sur les droits de la personne n'envisageaient pas de programmes d'accès à l'égalité¹⁵⁹. La *Déclaration canadienne des droits* qui ne s'applique pas aux universités, était d'un piètre secours. De même, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*¹⁶⁰ s'est récemment révélée décevante. La Cour d'appel fédérale a en effet jugé, dans *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Commission canadienne des droits de la personne* que l'alinéa 41(2)a) de cette loi ne visait que la prévention d'un préjudice futur et non la suppression ou diminution des désavantages que peut subir actuellement un groupe¹⁶¹. Les paragraphes 6(4) et 15(2) ne comportent heureusement pas cette sorte de subtilité.

D. LA VALIDITÉ DE MOYENS PROPORTIONNÉS À UN OBJECTIF SUFFISAMMENT IMPORTANT

La Cour suprême s'est montrée extrêmement prudente dans les premiers arrêts qu'elle a rendus sur la *Charte*, quant à l'application de l'article premier. Dans *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, elle a trouvé les arguments invoqués par les avocats insuffisants pour pouvoir se prononcer¹⁶². C'était également le cas dans la décision partagée *Singh*

157. Pour une analyse détaillée de cet arrêt, voir en particulier W.S. TARNOPOLSKY, *loc. cit. supra*, note 119, pp. 536-551. Voir aussi N. FINKELSTEIN, "Section 1 : The Standards For Assessing Restrictive Government Actions And the Charter's Code of Procedure and Evidence", (1983) 9 *Queen's L.J.* 143, pp. 182-183.

158. K.E. NORMAN, "Admissions policies, quotas and civil rights", dans *The University and the Law*, proceedings of a Conference held at the Faculty of Law, Dalhousie University, février-mars 1975, p. 73; *Bloedel c. L'Université de Calgary*, *supra*, note 154.

159. Ce n'est que récemment que le législateur québécois a adopté des dispositions portant sur les programmes d'accès à l'égalité : par exemple, art. 86.1 à 86.7 de la *Charte des droits et libertés de la personne* mod. par L.Q. 1982, chap. 61, art. 21, qui sont en vigueur depuis le 26 juin 1985 (sauf le 1^{er} al. de l'art. 86.2).

160. S.C. 1976-77, chap. 33 et mod.

161. Décision A-1035-84 rendue le 16 juillet 1985. Voir en particulier p. 5 des motifs du juge Hugessen et la distinction faite entre les programmes spéciaux prévus à l'art. 15 et les mesures prévues à l'al. 41(2)a) que peut prendre un tribunal constitué par la Commission pour prévenir des actes discriminatoires.

162. *Supra*, note 1, pp. 383-384.

et autres c. M.E.I.¹⁶³. Dans *Operation Dismantle c. La Reine*, la cour n'a pas jugé nécessaire d'exprimer une opinion à partir de cet article¹⁶⁴. Il en a été de même dans *Hunter c. Southam Inc.*¹⁶⁵. Dans *Procureur général du Québec c. Quebec School Boards Association*¹⁶⁶, la cour a été loin d'épuiser la question. Dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd*¹⁶⁷, elle commence à préciser quand et comment l'article 1 peut être invoqué.

1) L'application limitée de l'article 1

Mais soulignons trois points avant de chercher quelles pourraient être les limitations possibles en vertu de l'article 1 dans le cas des étudiants.

Premier point, restreindre la liberté d'établissement garantie par la *Charte*, ce n'est pas restreindre une liberté absolue mais restreindre, selon la première phrase de l'article 1, la liberté relative énoncée à l'article 6, c'est-à-dire déjà limitée par le début du paragraphe 6(2) quant à ses titulaires et par les paragraphes 6(3) et (4) quant à son contenu. Sinon, on viderait de sens ces dispositions¹⁶⁸. Il reste donc peu de place pour des limitations autres que celles déjà prévues à l'article 6¹⁶⁹. De plus comme l'indique le juge Wilson dans *Operation Dismantle c. La Reine* :

Comme les droits accordés par la *Charte* ne sont pas absolus leur contenu ou leur portée doit être cernée tout à fait indépendamment des limites que le gouvernement a cherché à leur imposer par l'article premier. Comme l'a souligné la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Re Federal Republic of Germany and Rauca*, (1983) 41 O.R. (2d) 225, à la p. 244 :

[TRADUCTION] La *Charte* n'a pas été adoptée dans le vide et les droits qu'elle énonce doivent être interprétés de façon rationnelle compte tenu des règles de droit existantes [...] ¹⁷⁰.

La Cour suprême n'a pas décidé si l'article 1 s'appliquait à chacun des droits garantis par la *Charte*. Dans l'arrêt *P.G. du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards* rendu le 26 juillet 1984,

163. *Supra*, note 7, p. 217 (juge Wilson).

164. *Supra*, note 7, p. 22 de la version française des motifs du juge Dickson.

165. *Supra*, note 7, pp. 169-170.

166. *Supra*, note 7; pour une analyse de cet arrêt voir D. PROULX, « La Loi 101, la clause-Québec et la Charte canadienne devant la Cour suprême : un cas d'espèce », (1985) 16 R.G.D. 167.

167. *Supra*, note 7, pp. 79-80, p. 94 et p. 96 de la version française des motifs du juge Dickson.

168. André MOREL, « La clause limitative de l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés : une assurance contre le gouvernement des juges », (1983) 61 R. du B. can. 81, pp. 86-87.

169. Peter W. HOGG, *op. cit. supra*, note 99, pp. 25-26.

170. *Supra*, note 7, p. 49 de la version française des motifs du juge Wilson. Le reste de la cour ne se prononce pas sur ce point toutefois dans cet arrêt.

elle n'a fait que considérer la proposition comme établie¹⁷¹. Elle n'a malheureusement pas encore eu l'occasion de voir si la règle d'interprétation selon laquelle une disposition spéciale — comme les restrictions prévues à l'article 23 ou 6 de la *Charte* — prime sur une disposition générale — l'article 1 —, s'applique à la *Charte*¹⁷². Nous tiendrons quant à nous que si l'article 1 s'applique à l'article 6, c'est de façon très limitée.

Deuxième point, la liberté d'établissement ne peut être légitimement restreinte par une mesure incompatible avec l'article 6.

Le juge Beauregard de la Cour d'appel du Québec exprimait, dans *P.G. du Québec c. Québec Association of Protestant School Boards*, qu'un droit ne pouvait être restreint au point qu'en soit nié le bien-fondé :

Le libellé de l'article 1 ne fait pas obstacle à ce qu'on puisse, à la limite, restreindre ce droit jusqu'à le nier [...] une restriction ou une négation, pour être admissible aux termes de l'article 1, doit tenir pour acquis le bien-fondé de la raison d'être du droit garanti et ne pas le remettre en question pour lui-même¹⁷³.

Le débat « restriction-négation » est clos aujourd'hui. La Cour suprême, donnant indirectement raison au juge Beauregard, a résolu ainsi la question : dès lors que, par la *Charte*, on a voulu contrer un « prototype de régime », il est « inconcevable » que les restrictions prévues par ce régime, par ailleurs incompatibles avec la *Charte*, soient considérées comme des restrictions légitimes¹⁷⁴.

Troisième point, seule une règle de droit peut restreindre la liberté d'établissement au sens de l'article 1. Par règles de droit (*law* dans la version anglaise), on entend bien sûr les lois et la législation déléguée¹⁷⁵.

171. *Supra*, note 7, p. 85.

172. Principe énoncé dans *Pretty c. Solly*, (1859) 53 E.R. 1032, p. 1034 : « Il est de règle que, lorsqu'une même loi comporte une disposition particulière et une disposition générale et que cette dernière, prise dans son sens le plus large, l'emporte sur la première, la disposition particulière doit s'appliquer et la disposition générale doit être interprétée comme ne visant que les autres parties de loi auxquelles elle peut s'appliquer » (traduction tirée de *James Richardson and Sons c. M.N.R.*, [1984] 1 R.C.S. 614, p. 621, juge Wilson pour la cour). Voir aussi L.P. PIGEON, *Rédaction et interprétation des lois*, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. 48 : « Une disposition spéciale déroge à une disposition générale sans qu'il soit besoin de l'exprimer. ».

173. Cette opinion est toutefois minoritaire : [1983] C.A. 77, p. 79; voir aussi *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors*, (1983) 41 O.R. (2nd) 583 (Ont. Div. Ct.), *Contra* : André MOREL, *loc. cit. supra*, note 168, pp. 89-92; arrêt cité : *Narenda Kumar c. Union of India*, 1960 A.I.R. 430 (S.C.) où l'expression « restrictions raisonnables » pouvait comprendre des « interdictions raisonnables »; *Quebec Association of Protestant School Boards c. P.G. du Québec*, [1982] C.S. 673, p. 690 (juge Deschênes).

174. *P.G. du Québec c. Québec Association of Protestant School Boards*, *supra*, note 7, p. 84.

175. Voir arrêts *Blaikie* et *Renvoi concernant les droits linguistiques au Manitoba*, *supra*, notes 10, 11 et 12. Voir aussi hors du contexte de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de son équivalent manitobain, *Re McCutcheon and City of Toronto*,

On entend aussi les règles de la *common law*, qui ont force de loi¹⁷⁶.

Dans *La Reine c. Therens*, le juge Le Dain, avec lequel concourt le juge McIntyre, précise :

L'exigence que la restriction soit prescrite par une règle de droit vise surtout à faire la distinction entre une restriction imposée par une loi et une restriction arbitraire. Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'article 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application. La restriction peut aussi résulter de l'application d'une règle de *common law*¹⁷⁷.

Serait donc une règle de droit toute décision d'une certaine portée générale, à caractère « normatif », prise dans l'exercice d'un pouvoir conféré par une loi ou un règlement — c'est-à-dire qui en découle nécessairement — et même toute décision générale prise dans le cadre de la prérogative royale. Le juge Dickson, parlant au nom de la majorité, dans *Operation Dismantle c. La Reine*, laisse entendre ceci sur l'expression « règle de droit » utilisée à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* :

rien [...] ne saurait être interprété comme l'adoption de l'opinion selon laquelle la référence faite à la « règle de droit » à l'article 52 [...] doit être confinée aux lois, aux règlements et à la *common law*. Il se peut fort bien que, si la suprématie de la Constitution, énoncée à l'article 52, doit avoir un sens, tous les actes effectués selon des pouvoirs découlant d'une règle de droit relèveront de l'article 52¹⁷⁸.

Il n'est pas sûr que les règles de nature administrative prises en qualité d'administrateur avec ou sans disposition législative expresse¹⁷⁹

(1983) 147 D.L.R. (3d) 193, pp. 202-204 (Ont. H. Ct.); Herbert MARX, « L'enchâssement, la clause limitative et le pouvoir de déroger », dans G.A. BEAUDOIN et W.S. TARNOPOLSKY (éd.), *op. cit. supra*, note 18, p. 78 (toute règle établie en vertu d'une loi).

176. Timothy J. CHRISTIAN, "The limitation of Liberty : a consideration of section 1 of the Charter of Rights and Freedoms", (1982) *U.B.C. L. Rev. — Charter Edition* — 105, pp. 109-113; David McDONALD, *op. cit. supra*, note 30, pp. 14-15; Peter HOGG, *op. cit. supra*, note 99, p. 11; Herbert MARX, *loc. cit. supra*, note 175, p. 78 (cet auteur ajoute les règles de droit civil; celles-ci sont en fait à notre avis déjà incluses dans la législation proprement dite). Voir aussi *Re W. and Children's Aid Society of Regional Municipality of York*, (1982) 17 A.C.W.S. (2d) 147 (Ont. Prov. Ct.), *Re Canadian Newspapers Co. Ltd and The Queen* (December 13, 1984, Man. C.A.).

177. *Supra*, note 7, p. 32 de la version française des motifs du juge Le Dain.

178. *Supra*, note 7, p. 22 de la version française des motifs du juge Dickson. N. FINKELSTEIN, "Section 1 : The Standard For Assessing Restrictive Government Actions And the Charter's Code of Procedure and Evidence", (1983) 9 *Queen's L.J.* 143, pp. 161-162 : pour cet auteur, les décisions de tout organisme créé par la loi seraient comprises dans l'expression « règles de droit », considérant la source du pouvoir et non la façon de l'exercer.

179. *Martineau c. Le Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118, p. 129.

et les pratiques administratives¹⁸⁰ soient des règles de droit. Les décisions prises dans le cadre d'un pouvoir administratif, à portée individuelle, n'en seraient pas à notre avis, étant donné leur caractère discrétionnaire.

Notons que pour la Cour européenne des droits de l'homme qui a eu à interpréter l'expression *prescribed by law*, il y a règle de droit lorsque les particuliers peuvent disposer de renseignements suffisants sur la norme juridique applicable et sont à même de prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences d'une conduite déterminée. Une règle de droit doit être précise, certaine et compréhensible¹⁸¹. La Cour d'appel fédérale y fait d'ailleurs référence dans *Luscher c. Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise*¹⁸². Elle renvoie aussi à la décision *Ontario Film and Video Appreciation Society c. Ontario Board of Censors* où il est souligné que :

It is accepted that law cannot be vague, undefined, and totally discretionary; it must be ascertainable and understandable. Any limits placed on [a] freedom [...] cannot be left to the whim of an official, such limits must be articulated with some precision or they cannot be considered to be law¹⁸³.

Dans cette optique, les règles universitaires ou facultaires concernant l'admission ou les frais de scolarité, par leur côté administratif et discrétionnaire, ne seraient pas des règles de droit. Elles sont prises par l'université en tant qu'administrateur ou par l'université et la faculté selon les critères que celles-ci déterminent mais qui n'apparaissent ni dans la loi qui constitue l'université ni dans les règlements de nature législature que les tiers sont présumés connaître. Elles ne pourraient en conséquence pas plus restreindre, par une condition de résidence, la liberté d'établissement en vertu de l'article 1 qu'elles ne le pouvaient en vertu du paragraphe 6(3) de la *Charte*.

À supposer toutefois que les mesures universitaires concernant l'admission soient considérées comme des règles de droit, quelles limitations à la liberté de circulation des étudiants seraient valides en vertu

180. Voir David McDONALD, *op. cit. supra*, note 30, pp. 14-15.

181. Affaire *Sunday Times*, (1979) 22 A.C.E.D.H. 403, p. 405. Voir en particulier Timothy J. CHRISTIAN, *loc. cit. supra*, note 176; Errol P. MENDES, "Interpreting the Canadian Charter of Rights and Freedoms : Applying International and European Jurisprudence on the Law and Practice of Fundamental Rights", (1982) 20 *Alberta L. Rev.* 383, pp. 396-397. Même si la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ne lie en aucune façon le Canada, la doctrine n'hésite pas à s'y référer : Peter W. HOGG, *op. cit. supra*, note 99, pp. 11-12; H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit. supra*, note 17; p. 629; Maxwell COHEN et Anne F. BAYEFSKY, *loc. cit. supra*, note 51, p. 308; Herbert MARX, *loc. cit. supra*, note 175, p. 78 et suiv.; Guy TREMBLAY, « La Charte canadienne des droits et libertés et quelques leçons tirées de la Convention européenne des droits de l'homme », (1982) 23 *C. de D.* 795.

182. (1985) 57 N.R. 386, juge Hugessen pour la cour. Voir en particulier pp. 388-389.

183. (1983) 34 C.R. (3d) 73 (Ont. Div. Crt), p. 83, cité *supra*, note 182, p. 390.

de l'article 1 ? Si l'on suit le libellé de la deuxième phrase de cet article, c'est dans le concept de « raisonnabilité » et dans celui de société libre et démocratique qu'il faut les trouver.

2) La « raisonnabilité » du moyen et non de l'objectif

Il existait jusqu'à tout récemment deux façons d'aborder le concept de « raisonnabilité ».

La première consistait à vérifier si la restriction posée par une règle de droit n'était pas déraisonnable au sens qu'a donné à cet adjectif le droit administratif. Le juge Spence, au nom de la majorité des juges de la Cour suprême du Canada, rappelait dans l'arrêt *Bell c. R.*¹⁸⁴ l'existence de la doctrine du caractère déraisonnable d'un règlement et citait les propos de Lord Russel dans *Kruse c. Johnson* :

[...] déraisonnable en quel sens ? On peut penser, par exemple, à des règlements partiels et d'application différente pour des catégories distinctes, à des règlements manifestement injustes, à des règlements empreints de mauvaise foi, à des règles entraînant une immixtion abusive ou gratuite dans les droits des personnes qui y sont assujetties, au point d'être injustifiables aux yeux d'un homme raisonnable ; la cour pourrait alors dire « le Parlement n'a jamais eu l'intention de donner le pouvoir d'établir ces règles ; elles sont déraisonnables et ultra vires ». C'est en ce sens et uniquement en ce sens qu'il faut à mon avis, considérer la question du caractère déraisonnable¹⁸⁵.

Il importait donc peu qu'une restriction à la liberté d'établissement ne soit pas dans des limites raisonnables en fait si elle n'avait pas ce caractère déraisonnable en droit. Était en conséquence raisonnable toute restriction non arbitraire à la liberté d'établissement, qui servait à promouvoir des intérêts locaux, à moins que le but véritable de la règle de droit soit de barrer les échanges et cherche essentiellement à nuire à la mobilité d'une catégorie de personnes. Considérations provinciales et nationales n'avaient guère à être mises en ballant. Les premières prévalaient selon ce test¹⁸⁶.

La seconde façon d'aborder le concept de « raisonnabilité » à l'article 1 de la *Charte* consistait à vérifier si la restriction posée était un

184. [1979] 2 R.C.S. 212, p. 222.

185. (1898) 2 Q.B. 91, pp. 99-100, cité *supra*. Voir aussi *Associated Provincial Picture Houses Ltd c. Wednesbury Corp.*, [1947] 2 All E.R. 680, pp. 682-685 et *Secretary of State for Education and Science c. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1977] A.C. 1014, p. 1066, cités par André MOREL, *loc. cit. supra*, note 168, p. 95 ; voir par ailleurs Timothy J. CHRISTIAN, *loc. cit. supra*, note 176, p. 109, qui renvoie en particulier à l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

186. *Basile c. A.G. of Nova Scotia*, *supra*, note 1, où la nécessité de protéger les consommateurs contre les abus a été retenue. *Contra* : John B. LASKIN, *loc. cit. supra*, note 136, pp. 103-104.

moyen proportionné à l'objectif posé par la règle de droit. Le juge Deschênes, de la Cour supérieure du Québec, avait retenu cette approche dans *Quebec Association of Protestant School Boards c. P.G. du Québec*¹⁸⁷.

On rejoignait là, selon lui et selon la majorité de la doctrine¹⁸⁸, le concept d'*objectif gouvernemental régulier* créée par la Cour suprême du Canada avant l'adoption de la *Charte*, en l'absence de clause limitative générale dans la *Déclaration canadienne des droits*¹⁸⁹, objectif ainsi défini :

La question à résoudre dans chaque cas est celle de savoir si l'inégalité qui peut être créée par la loi vis-à-vis d'une catégorie particulière est arbitraire, fantaisiste ou superflue, ou si elle a un fondement rationnel et acceptable en tant que dérogation nécessaire au principe général de l'application universelle de la loi pour faire face à des conditions particulières et atteindre un *objectif social nécessaire et souhaitable*.¹⁹⁰

En fait, la *Charte*, avec sa clause limitative générale expresse, ne renvoie pas à la doctrine du caractère déraisonnable d'une règle de droit ni ne doit recevoir l'interprétation proposée dans le cadre de la *Déclaration canadienne des droits*.

L'article 1, qui est une disposition constitutionnelle, garantit dans une première phrase des droits individuels. Il doit donc être interprété en leur faveur et certainement beaucoup plus largement que la clause de préséance ambiguë de l'article 2 de la *Déclaration canadienne des droits* — loi qui « se situe quelque part entre une loi ordinaire et un texte constitutionnel » —¹⁹¹. Il devrait permettre aux tribunaux de faire le plus souvent passer les droits individuels avant les intérêts de l'État.

Déjà, avant la *Charte*, la majorité des juges de la Cour suprême avaient, dans l'arrêt *R. c. Drybones*¹⁹², su déclarer inopérante une disposition législative contraire au droit à l'égalité devant la loi que garantit la *Déclaration canadienne des droits*, en ne réduisant pas celle-ci au rôle de règle d'interprétation des lois fédérales :

187. *Supra*, note 173, pp. 695-701 ; jugement suivi dans *Re Jamieson c. R.*, (1982) 70 C.C.C. (2d) 430 (C.S.Q.). Le juge Deschênes parle de « rationalité » plutôt que de « raisonnabilité », même si le rationnel a un côté logique et précis que n'a pas le raisonnable, plus approximatif.

188. Morris MANNING, *op. cit. supra*, note 28, p. 223 ; H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit. supra*, note 17, p. 629 ; Peter W. HOGG, *op. cit. supra*, note 99, p. 10 ; Herbert MARX, *loc. cit. supra*, note 175, p. 85 ; voir aussi Timothy J. CHRISTIAN, *loc. cit. supra*, note 176, pp. 107-109, qui renvoie en particulier à l'arrêt *Re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100.

189. Dans un contexte fédéral uniquement. *A.G. of Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349 ; *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693 ; *A.G. of Canada c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170 ; *Bliss c. A.G. of Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183 ; *Mackay c. R.*, [1980] 2 R.C.S. 370.

190. *Mackay c. R.*, *supra*, note 189, p. 406 (juge McIntyre).

191. *Supra*, note 1, p. 366.

192. *Supra*, note 79, p. 294 (juge Ritchie pour la majorité).

[...] si une loi du Canada ne peut être « raisonnablement interprétée et appliquée » sans supprimer, restreindre ou enfreindre un des droits ou libertés reconnus et proclamés dans la Déclaration, une telle loi est inopérante [...]

Les arrêts subséquents y avaient mis un frein¹⁹³. Mais la *Charte canadienne*, en établissant des principes primordiaux en matière de droits et libertés fondamentaux¹⁹⁴, remet cet arrêt d'actualité. Les juges Beetz, Estey et McIntyre qui fondent leur décision sur la *Déclaration canadienne des droits* dans *Singh et autres c. M.E.I.*, font effectivement référence à l'arrêt *Drybones*¹⁹⁵. Les juges Wilson, Dickson et Lamer qui ont préféré fonder leur décision sur la *Charte* dans cet arrêt, mentionnent de leur côté :

[...] l'adoption récente de la *Charte* par le Parlement et neuf des dix provinces, comme partie de la Constitution canadienne, a clairement indiqué aux tribunaux qu'ils devraient réexaminer l'attitude restrictive qu'ils ont parfois adoptée en abordant la *Déclaration canadienne des droits*¹⁹⁶.

Il est important, me semble-t-il de garder à l'esprit que les droits et libertés énoncés dans la *Charte* sont des éléments essentiels de la structure politique du Canada et qu'ils sont garantis par la *Charte* en tant que partie de la loi suprême de notre pays. Je pense qu'en déterminant si une limite donnée constitue une limite raisonnable prescrite par la loi et « dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique », il est important de se rappeler que les tribunaux effectuent cette enquête tout en veillant au respect des droits et libertés énoncés dans les autres articles de la *Charte*¹⁹⁷.

Partant, l'objectif visé par une règle de droit qui restreindrait la liberté de circulation constitutionnellement garantie par la *Charte* devrait être plus que « régulier » pour rendre la restriction valide. La Cour suprême vient effectivement de lancer les mots clés : objectif suffisamment important, dans *R. c. Big M. Drug Mart Ltd*¹⁹⁸. Elle indique par ailleurs comment procéder à l'analyse de compatibilité avec la *Charte*.

Selon la majorité des juges dans cet arrêt, il n'est pas besoin de faire appel à l'article 1 lorsque l'objet même de la règle de droit attaquée est incompatible avec la *Charte*. C'est uniquement si cet objet est compatible qu'il faut voir si dans ses effets, dans ses répercussions réelles, la règle de droit viole un droit garanti par la *Charte*. Et alors seulement on regarde si cette règle peut être « sauvée » par l'article 1. À ce stade, il faut analyser premièrement si les objectifs gouvernementaux qui sous-tendent la règle de droit attaquée — ceux qui existaient au moment de son adoption et qui en déterminent l'objet — sont « suffisamment impor-

193. Voir à ce sujet D. PROULX, *loc. cit. supra*, note 78, pp. 400-411.

194. Voir le préambule de la *Charte* et le libellé même de l'art. 1 : des droits garantis d'abord, des restrictions avec beaucoup de réserves ensuite (« ne [...] que [...] » etc.). Voir aussi l'art. 52.

195. *Supra*, note 7, pp. 238-239 (juge Beetz).

196. *Id.*, p. 209 (juge Wilson).

197. *Id.*, p. 218 (juge Wilson).

198. *Supra*, note 7, p. 94 de la version française des motifs du juge Dickson.

tants » pour aller à l'encontre du droit garanti; deuxièmement, si les moyens prévus par la règle de droit attaquée pour atteindre ces objectifs sont raisonnables en ce sens qu'ils sont « proportionnées » à ces objectifs¹⁹⁹. Donc, la « raisonnabilité » se mesure non pas en rapport avec l'objectif mais avec le moyen, en l'occurrence une condition de résidence²⁰⁰.

3) Les objectifs importants dans une société libre et démocratique

Quels objectifs pourraient être suffisamment importants? Il semble que ce ne puisse être un objectif de commodité administrative ni de réduction de coût selon l'arrêt *Singh et autres c. M.E.I.* (juges Wilson, Dickson et Lamer) :

Les garanties de la Charte seraient certainement illusoires s'il était possible de les ignorer pour des motifs de commodité administrative²⁰¹.

[Je ne suis] pas convaincue que le coût serait prohibitif au point de constituer une justification au sens de l'article 1²⁰².

Que traduit alors l'exigence que les limites doivent, selon la fin de l'article 1, être justifiables dans une société libre et démocratique?

Le concept de société libre et démocratique est abstrait. Société démocratique en ce sens que l'État doit y exercer ses pouvoirs selon les vœux de l'électorat²⁰³. Société démocratique également en ce qu'elle suppose de pluralisme, de tolérance et de largeur de vues comme l'a indiqué la Cour européenne des droits de l'homme qui a dû interpréter cette expression dans la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*²⁰⁴. Le *Pacte international relatif aux droits civils et*

199. *Supra*, note 167. À noter que la cour est unanime sur l'analyse à faire en vertu de l'art. 1; le juge Wilson n'est dissidente qu'en ce qu'elle analyserait immédiatement les effets de la règle de droit attaquée pour décider si un droit a été violé.

200. Avant cet arrêt, voir sur l'interprétation d'une justification en termes de proportionnalité avec l'objectif gouvernemental régulier recherché, Berend HOVIUS et Robert MARTIN, "The Canadian Charter of Rights and Freedoms in the Supreme Court of Canada", (1983) *R. du B. can.* 354, pp. 370-371; Peter W. HOGG, *op. cit. supra*, note 99, p. 13; à noter que dans *Black c. The Law Society of Alberta*, *supra*, note 1, p. 446, aucune justification comme la protection de la société, son intérêt ou son bien-être n'a été apportée pour interdire à un avocat de l'Alberta de s'associer avec un avocat d'une autre province; aucune justification valide ni but utile n'a non plus été donné dans *Re Skapinker*, *supra*, note 112, p. 510 (*Re Dickenson and Law Society of Alberta*, (1978) 84 D.L.R. (3d) 189, p. 195, cité).

201. *Supra*, note 7, p. 218 (motifs donnés par le juge Wilson).

202. *Id.*, p. 220.

203. *Re : résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 880.

204. Affaire *Young, James and Webster* (mieux connue sous le nom d'affaire *Close Shop*), (1981) 2 *Human Rights L.J.* 185, pp. 193-194 et (1981) 24 A.C.E.D.H. 441; affaire *Dudgeon*, (1981) 2 *Human Rights L.J.* 362, pp. 369-370 et (1981) 24 A.C.E.D.H. 445.

politiques²⁰⁵ ainsi que le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*²⁰⁶ parlent aussi de « société démocratique ». On ne trouve l'expression « société libre » qu'au seul article 13 de ce second pacte concernant le droit à l'éducation. En fait,

la démocratie libérale [...] ne se conçoit pas sans l'exercice des libertés publiques [...]. C'est l'idéologie au service de laquelle est mis le procédé démocratique, non ce procédé considéré en lui-même, qui exerce sur le régime juridique des libertés l'influence déterminante²⁰⁷.

Or une société libre place l'individu au-dessus de la collectivité²⁰⁸. Par suite un droit individuel garanti par la *Charte* ne peut être restreint qu'en regard des autres droits garantis qui traduisent les valeurs de la société et par la nécessité de maintenir un certain ordre dans la société sans lequel nous ne saurions être véritablement libres²⁰⁹. Le juge Estey, dans l'affaire *Skapinker*, parle ainsi de l'équilibre à rechercher « entre les individus et la société et leurs droits respectifs »²¹⁰.

Selon le juge Wilson, seule toutefois à l'indiquer dans l'arrêt *Operation Dismantle c. La Reine* :

[L'article premier] concrétise par la mention d'une société libre et démocratique les caractéristiques essentielles de notre Constitution, y compris la séparation des pouvoirs, le gouvernement responsable et la *primauté du droit*. [...] ²¹¹.

Parler de société libre et démocratique, c'est effectivement parler d'ordre qui est un aspect de la primauté du droit (*rule of law*), principe constitutionnel mentionné expressément dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1982* et implicitement dans celui de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans le *Renvoi concernant les droits linguistiques au Manitoba*, voici ce que dit la Cour suprême :

La primauté du droit exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif. *L'ordre public est un élément essentiel de la vie civilisée*²¹².

205. Art. 14, 21 et 22.

206. Art. 4 et 8.

207. Jean RIVERO, *Les libertés publiques*, tome 1, Paris, Presses Universitaires de France, coll. Thémis, 1980, pp. 141-144.

208. *Quebec Association of Protestant School Boards c. P.G. du Québec*, *supra*, note 173, pp. 691-693; mais voir : *R. c. Vermette*, 1983 C.S. 1007, p. 1017. Voir aussi préambule des deux pactes internationaux : « Reconnaissant que [les] droits [...] découlent de la dignité inhérente à la personne humaine [...] ».

209. Léo D. BARRY, "Law, Policy and Statutory Interpretation under a Constitutionally Entrenched Canadian Charter of Rights and Freedoms", (1982) 60 *R. du B. can.* 237, p. 262.

210. *Supra*, note 1, pp. 366-367.

211. *Supra*, note 7, p. 51 de la version française des motifs du juge Wilson. Les italiques sont de nous.

212. *Supra*, note 12, p. 34 de la version française des motifs de la cour. Les italiques sont de nous.

Déjà, dans le *Renvoi sur le rapatriement*, la Cour suprême précisait :

La « règle de droit » [au sens de *rule of law* et appelée « primauté du droit » dans la *Loi constitutionnelle de 1982*] est une expression haute en couleur qui [...] communique par exemple un *sens de l'ordre*, de la sujétion aux règles juridiques connues et de la responsabilité de l'exécutif devant l'autorité légale²¹³.

Sécurité publique, ordre public et santé publique sont précisément les motifs communs de limitations spécifiques aux droits de circulation et de résidence, prévus par le *Pacte international des droits civils et politiques* et par le protocole n° 4 à la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*. Ces motifs semblent avoir été interprétés restrictivement.

Voici le paragraphe 12(3) du *Pacte* :

[Les droits de circulation et de résidence] ne peuvent être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, *nécessaires* pour protéger la sécurité nationale, l'*ordre public*, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte²¹⁴.

Il n'y est pas question de restrictions « raisonnables » mais « nécessaires »²¹⁵. Il n'y est pas non plus question de « société libre et démocratique ». Il n'en a pas moins été jugé dans l'affaire *Sandra Lovelace* que préserver l'identité de la bande ne constituait pas une « justification raisonnable et objective » permettant de violer le droit de la plaignante à résider sur une réserve indienne en vertu de l'article 27 du *Pacte*, lu avec l'article 12 ci-dessus²¹⁶.

Voici par ailleurs les paragraphes 2(3) et (4) du protocole n° 4 :

3. L'exercice [des droits de circulation et de résidence] ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures *nécessaires, dans une société démocratique*, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

4. Les droits [de circulation et de résidence] peuvent également, dans certaines zones déterminées, faire l'objet de restrictions qui, prévues par la loi, sont *justifiées par l'intérêt public dans une société démocratique*.²¹⁷

213. *Supra*, note 203, pp. 805-806. Les italiques sont de nous.

214. Les italiques sont de nous. S'ajoute la limitation générale prévue à l'art. 4 du Pacte « dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel ».

215. André MOREL, *loc. cit. supra*, note 168, p. 97.

216. (1981) 2 *Human Rights L.J.* 158, pp. 166-167; voir Errol P. MENDES, "Interpreting the Canadian Charter of Rights and Freedoms : Applying International and European Jurisprudence on the Law and Practice of Fundamental Rights", (1982) 20 *Alberta L. Rev.* 383, p. 388; aussi Timothy J. CHRISTIAN, *loc. cit. supra*, note 176, pp. 129-130.

217. Les italiques sont de nous.

On trouve dans le paragraphe 2(3) non pas l'adjectif « raisonnables » mais « nécessaires » qui, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, donne aux États une certaine marge d'appréciation. Celle-ci n'est toutefois pas illimitée en ce sens que toute restriction à un droit garanti doit être proportionnée au but recherché²¹⁸. Faute de « besoin social assez impérieux »²¹⁹ la cour donne donc préséance aux droits individuels reconnus. On trouve par contre dans le paragraphe 2(4) l'expression « justifiées [...] dans une société démocratique » qui se rapproche de celle utilisée à la fin de l'article 1 de la *Charte canadienne*. En fait, la première est moins restrictive que la seconde. On ne trouve pas au paragraphe 2(4) du protocole n° 4 la formulation restrictive « ne... que » (*only*) présente à l'article 1 de la *Charte*.

Il ressort qu'au delà des mots « raisonnables », « nécessaires » ou « justifiées », les limitations à un droit fondamental dans une société libre et démocratique doivent s'apprécier en fonction du fait que l'instrument qui garantit ce droit a d'abord pour objet de le défendre contre l'autorité sous quelque forme qu'elle puisse prendre. L'ordre public, à condition d'être interprété restrictivement, pourrait être en ce sens un objectif suffisamment important pour restreindre la liberté d'établissement. Nous n'en voyons guère l'application en matière d'admission ou de frais de scolarité à l'université!

En dehors de l'ordre public, un objectif qui consisterait à vouloir protéger la qualité de l'enseignement dispensé à l'université ou l'intégrité fiscale du système pourrait-il être considéré comme suffisamment important?

Aux États-Unis, il est courant qu'un État fasse du lieu de résidence un critère d'admission à l'Université, soit en plafonnant le nombre d'étudiants de l'extérieur de l'État, soit en accordant préférence à ceux de l'État. De même il arrive fréquemment que les lois des États donnent aux instances universitaires ou gouvernementales le pouvoir de fixer des frais de scolarité plus élevés pour les étudiants qui viennent de l'extérieur.

La question est donc la suivante : une différence entre habitants et non-habitants d'un État est-elle valide dans ce domaine, en particulier en vertu de la clause de l'égale protection des lois du 14^e Amendement? Car, malgré sa nature fondamentale, la liberté de circulation interétatique n'est pas inconditionnelle²²⁰. Le degré de contrôle judiciaire en vertu de

218. Affaires *Handyside*, (1976) 24 A.C.E.D.H. 507. pp. 509-511; affaire *Sunday Times*, (1979) 22 A.C.E.D.H. 403, p. 407; affaire *Young, James and Webster*, *supra*, note 204; affaire *Dudgeon*, *supra*, note 204. Voir aussi Herbert MARX, *loc. cit. supra*, note 175, pp. 79-82; Errol MENDES, *loc. cit. supra*, note 216; Timothy J. CHRISTIAN, *loc. cit. supra*, note 176, pp. 128-129; André MOREL, *loc. cit. supra*, note 168, p. 94, note n° 33.

219. Affaire *Sunday Times*, *supra*, note 218, p. 409.

220. Le juge Stevens parlant au nom de la majorité de la Cour suprême des États-Unis l'a rappelé récemment dans *Jones c. Helms*, 452 U.S. 412, 419 (1981) : Il existe des situations où un État peut empêcher un de ses habitants de le quitter, par exemple

la clause de l'égale protection des lois varie selon la situation en cause : contrôle rigoureux (*strict scrutiny*) qui fait du *right to travel* une liberté quasi absolue ou contrôle traditionnel qui avalise bien des limitations à la libre circulation entre les États.

La Cour suprême des États-Unis a appliqué un contrôle rigoureux dans le contexte de services sociaux publics considérés comme des *nécessités de la vie*. Ainsi dans *Shapiro c. Thompson*, il a été jugé qu'un État qui prévoyait un délai de carence d'un an (*waiting period*) pour qu'un particulier puisse bénéficier des services de cet État, créait une *classification suspecte*. Seul un *intérêt étatique supérieur* (*compelling state interest*) aurait pu justifier une atteinte aussi sérieuse à l'exercice du droit fondamental qu'est le droit de circulation interétatique et rendre nécessaire cette classification²²¹. Dans *Memorial Hospital c. Maricopa County*, où était contestée la validité de l'exigence d'une période de résidence d'un an (*durational residence requirement*), le juge Marshall, au nom de la majorité, appliqua ce même contrôle rigoureux. Il précisa cependant que le droit fondamental en cause était celui du droit de circulation lorsqu'il y a intention de s'établir dans un État²²².

Le contrôle judiciaire traditionnel est par contre appliqué lorsqu'il n'y a pas de nécessités de la vie en jeu. Une classification créée par un État qui établit non pas un délai d'admissibilité mais pose une simple condition de résidence est *raisonnable* dès lors que l'État a un *intérêt légitime* pour ce faire (*legitimate state interest*). En ce sens, des considérations administratives ou budgétaires suffisent pour justifier une limitation à la libre circulation entre les États. Il y a rationalité entre le moyen utilisé et la fin visée²²³.

lorsqu'il y a infraction aux lois de l'État. De même la clause sur les privilèges et immunités de l'article IV, qui semble absolue par ses termes, n'empêche pas des différences de traitement dans les nombreuses situations où il y a une raison substantielle de faire une telle distinction (relation entre les moyens et la fin recherchée) : *Toomer c. Witsell*, 334 U.S. 385, 396 (1948). Voir également Laurence H. TRIBE, *op. cit. supra*, note 81, pp. 404-412; Gary J. SIMSON, "Discrimination against Non Residents and the Privileges and Immunities Clause of Article IV", (1979) 128 *Un. of Pen. L. Rev.* 379, p. 382.

221. Voir Gérard GUNTHER, *Cases and materials on Individual Rights in Constitutional Laws*, Mineola, N.Y., The Foundation Press Inc., 2nd ed., 1976, pp. 422-434; cette même approche rigoureuse fut retenue par les juges Brennan, White and Marshall dans *Oregon c. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970) et par le juge Marshall dans *Dunn c. Blumstein*, 405 U.S. 330 (1972) dans le contexte des lois électorales : un droit politique fondamental était en jeu. Voir également Willam M. BEANEY, "Rights in the United States Constitution since 1940", dans William R. MCKERCHER (éd.), *The U.S. Bill of Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Ontario Economic Council, 1983, p. 89.

222. 415 U.S. 250, 255 (1974).

223. *McCarthy c. Philadelphia Civil Service Comm'n*, 424 U.S. 645 (1976); *Jones c. Helms*, *supra*, note 220, 419 (1981). Voir Daniel PROULX, *loc. cit. supra*, note 78, pp. 433-435, où il est question d'« examen minimal ». Sur le test du fondement raisonnable, voir *Lindsley c. Natural Carbonic Gas Co.*, 220 U.S. 61, 78 (1911) et *Flemming c. Nestor*, 363 U.S. 603 (1960), cités dans *Shapiro c. Thompson*, *supra*, note 87, p. 638, note n° 20. Voir aussi *Dandridge c. Williams*, 397 U.S. 471 (1970).

Aux États-Unis, l'éducation supérieure n'a pas jusqu'ici été considérée comme une nécessité de la vie²²⁴, pas plus d'ailleurs que comme un droit fondamental²²⁵. Au Canada non plus, nous l'avons vu²²⁶. Est-ce à dire qu'un contrôle judiciaire de genre traditionnel devrait y être appliqué en matière d'admission? La question n'a pas vraiment été tranchée aux États-Unis. Dans *Rosenstock c. Board of Governors of University of North Carolina*, le fait que l'Université de la Caroline du Nord soit une institution d'enseignement supérieur de l'État, créée pour les habitants de l'État, et le fait qu'elle soit largement subventionnée sur les impôts des habitants de l'État, ont suffi à justifier une politique d'admission préférentielle²²⁷. Néanmoins, la position de la Cour suprême des États-Unis dans *Shapiro c. Thompson*²²⁸ et dans *Vlandis c. Kline*²²⁹ laisse penser que d'autres justifications devraient être apportées par un État qui restreindrait ainsi la liberté de déplacement des étudiants²³⁰. Selon un contrôle judiciaire plus rigoureux en effet, une mesure qui chercherait à limiter le nombre des étudiants de l'extérieur d'un État pourrait être inconstitutionnelle si elle n'est pas jugée absolument « nécessaire » pour atteindre les buts visés, à savoir protéger l'intégrité fiscale du système et limiter la taille des universités pour en maintenir la qualité²³¹.

En matière de frais de scolarité par contre, il semble bien qu'un État puisse valablement faire une différence entre ceux qui y résident et ceux qui n'y résident pas. Les cours inférieures ont généralement maintenu, directement ou indirectement, les politiques établissant une différence dans les frais de scolarité, lorsque l'État avait des motifs raisonnables de le faire²³². Il a été souligné que les frais de scolarité, contrairement aux

224. *Sturgis c. Washington*, 414 U.S. 1057 (1973); *Starns c. Malkerson*, 326 F. Supp. 234 (D. Minn. 1970), conf. par 401 U.S. 985 (1971); *Arizona Bd of Regents c. Harper*, 108 Ariz. 223, 495 P. 2d 453 (1972); *Kirk c. Board of Regents*, 273 Cal. App. 2d 430, 78 Cal. Rptr. 260 (1969), appel rejeté 396 U.S. 554 (1970), cités dans *Higher Education Admission Law Service*, Educational Testing Service, Princeton, N.J., 1980, p. 206.

225. *San Antonio Independent School Dist. c. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973), cité dans Frank R. KEMERER, *op. cit. supra*, note 38, p. 531 et suiv.

226. *Supra*, notes 143, 144 et 145.

227. 423 F. Supp. 1321, 1326 (M.D.N.C. 1976); voir aussi *McDonald c. Hogmess*, civ. n° 817562 (Wash. Super. Ct. King Co.), June 21, 1977, conf. par 92 Wash. 2d 431, 598 P. 2d 707 (1979). Jugements cités dans *Higher Education Admission Law Service*, *op. cit. supra*, note 224, p. 150.

228. *Supra*, note 87.

229. 412 U.S. 441 (1973).

230. *Higher Education Admission Law Service*, *op. cit. supra*, note 224, p. 150.

231. Voir Gary J. SIMSON, *loc. cit. supra*, note 220, pp. 395-397. *Contra* : Jonathan D. VARAT, *loc. cit. supra*, note 81, pp. 553-554.

232. *Higher Education Admission Law Service*, *op. cit. supra*, note 224, p. 206, note n° 13.

avantages sociaux, n'avaient pas de rapport avec une nécessité de la vie et ne portaient pas atteinte au déplacement entre les États de façon sérieuse²³³. Dans *Shapiro c. Thompson*²³⁴, la Cour suprême des États-Unis mentionne en note que des frais de scolarité « différents » pourraient éventuellement servir un intérêt étatique supérieur ou tout au moins ne pas restreindre indûment l'exercice de la libre circulation entre les États.

Il a été dit aussi qu'un montant supérieur de frais de scolarité, payable par un non-habitant, mais qui n'excéderait pas le coût de l'enseignement dispensé, pourrait être considéré valide en vertu de la clause sur les privilèges et immunités de l'article IV de la *Constitution des États-Unis*²³⁵. Dans *Vlandis c. Kline*²³⁶, où la clause d'application régulière de la loi du 14^e Amendement était en cause, la Cour suprême des États-Unis indique par ailleurs qu'un État peut avoir un intérêt légitime à préserver la qualité de ses collèges et universités. Elle reconnaît par conséquent le droit des habitants de cet État à payer des frais de scolarité préférentiels.

Au Canada, il semble que la Cour suprême veuille plutôt se rapprocher du contrôle rigoureux des tribunaux américains en rejetant *a priori* des considérations administratives et budgétaires²³⁷ et en parlant non pas d'intérêt étatique légitime mais d'objectif gouvernemental suffisamment important.

L'objectif d'intégrité fiscale nous semble en ce sens difficilement conciliable avec l'exercice du droit fondamental — libre circulation — en jeu. Cela d'autant plus que les universités sont financées non seulement par les provinces mais aussi par le gouvernement fédéral²³⁸.

Quant à l'objectif de protection de la qualité de l'enseignement dans un but ultérieur de protection du public, il faudrait, pour être jugé suffisamment important, que l'université ou le gouvernement en cause puisse démontrer²³⁹ que l'enseignement souffrirait de la libre circulation des étudiants! Position d'autant moins facile à soutenir que les universités peuvent valablement plafonner le nombre de leurs étudiants au Canada. Ce serait de plus ignorer les échanges existant entre universités et les normes d'excellence quasi nationales que s'efforcent d'établir des associations canadiennes privées²⁴⁰. Par ailleurs, à supposer qu'une telle démonstration puisse être faite, encore faudrait-il que le moyen utilisé — une condition

233. *Supra*, note 224.

234. *Supra*, note 87, p. 638, n° 21.

235. Gary J. SIMSON, *loc. cit. supra*, note 220, pp. 395-396.

236. *Supra*, note 229, pp. 452-453.

237. *Supra*, notes 201 et 202.

238. *Infra*, partie III.

239. *Hunter c. Southam Inc.*, *supra*, note 7, p. 169.

240. Voir C. JACQUIER, *op. cit. supra*, note 89, pp. 146 à 168 et *infra*, notes 259 et 297.

de résidence — soit proportionné à l'objectif. Or, non seulement ce moyen ne serait pas nécessaire compte tenu des normes d'excellence existantes, mais encore ne serait-il pas raisonnable : ce n'est pas le lieu de résidence qui fait les bons ou les mauvais étudiants! Il existe des moyens moins restrictifs qu'une condition de résidence pour protéger l'intérêt d'une province à maintenir la valeur des diplômes qui y sont décernés : l'examen des candidatures à l'admission en fonction de la qualité du dossier scolaire et de la pertinence de l'expérience antérieure en est un exemple.

En matière d'admission et de frais de scolarité, la liberté de circulation garantie par la *Charte* est donc, pour les étudiants, une liberté quasi absolue.

III. LA LIBERTÉ DE CIRCULATION DES ÉTUDIANTS ET LE FINANCEMENT DES UNIVERSITÉS PAR LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

Le financement des universités a souvent fait l'objet de discussions acharnées entre le gouvernement fédéral et les provinces. De 1983 à 1985, le feu était ouvert. Au premier plan de ces discussions : la question des compétences constitutionnelles.

Les provinces n'hésitaient pas en effet à parler d'ingérence du gouvernement fédéral dans le domaine de l'enseignement supérieur, voire de « chantage financier »²⁴¹. Ingérence directe lorsque le gouvernement versait des fonds aux universités sans passer par les provinces, par exemple pour la création de centres spécialisés²⁴². Ingérence indirecte lorsqu'il cherchait à attacher des normes nationales à ses contributions à l'enseignement postsecondaire²⁴³.

A. L'OBJECTIF FÉDÉRAL

Alors que les provinces disaient éducation, le gouvernement fédéral disait intérêt national. Récemment, il mentionnait liberté de circulation des étudiants.

241. Yves BÉRUBÉ, ministre de l'Éducation du Québec, « Accords fiscaux : les inquiétudes du Québec », *Le Devoir*, 18 juin 1984, p. 7. *Id.*, réplique à un article sur les enjeux du financement universitaire par Ottawa, « Le financement universitaire — Il faut procéder à une péréquation », *Le Devoir*, 5 novembre 1984, p. 7.

242. Annonce, faite en août 1984 par le secrétaire d'État, d'octroi pour la réalisation de douze projets présentés par des universités du Québec.

243. S.C. 1984, chap. 13, art. 9.

1) L'intérêt national

Peut-il légalement y avoir une stratégie nationale de l'éducation ?

L'enseignement supérieur est un domaine réservé aux provinces par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* :

Dans chaque province et pour chaque province, la législation pourra exclusivement légiférer sur l'éducation [...]

Le mot « éducation » a là un sens très général²⁴⁴. Personne ne doute qu'il comprenne la formation universitaire.

Prétendre que la formation universitaire soit d'intérêt national au sens du paragraphe introductif de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est par ailleurs pour le moins contestable aujourd'hui²⁴⁵. Deux arrêts relativement récents de la Cour suprême du Canada, *Renvoi sur la Loi anti-inflation*²⁴⁶ et *Labatt c. P.G. du Canada*²⁴⁷ ont limité l'intervention fédérale en vertu de ce paragraphe introductif à trois cas : aux situations d'urgence nationale, aux problèmes qui n'existaient pas à l'époque de la Confédération et, comme le dit le juge Estey au nom de la majorité dans l'arrêt *Labatt*, aux questions « d'intérêt national transcendant le pouvoir des autorités provinciales d'y faire face par voie législative ».

Aux États-Unis, la question est autre : l'éducation ne relève pas des États par disposition expresse de la *Constitution des États-Unis* ; elle en relève grâce à leurs pouvoirs résiduels²⁴⁸, c'est-à-dire à ceux que la Constitution n'a pas attribués expressément au Congrès²⁴⁹ et que leur « conserve » le 10^e Amendement :

Les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux États-Unis par la Constitution, ni refusés par elle aux États, sont conservés par les États respectivement ou par le peuple²⁵⁰.

244. Réf. : *Authority to perform functions vested by the Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398, p. 402; *Le Bureau Métropolitain des Écoles protestantes de Montréal c. Le Ministre de l'Éducation de la province de Québec*, [1976] C.S. 430, p. 438.

245. À noter qu'en 1964, la Commission royale d'enquête sur les services de santé n'a pas hésité à qualifier la formation des médecins d'intérêt national : rapport, Ottawa, Imprimeur de la Reine, vol. I, 1964, p. 70. C'était à une époque où le Canada ne comptait pas suffisamment de médecins.

246. [1976] 2 R.C.S. 373, p. 437, pp. 442-459 et pp. 394-427.

247. [1980] 1 R.C.S. 914, pp. 944-945 : rappel de l'arrêt *Fort Frances Pulp and Paper Co. c. Manitoba Free Press*, [1923] A.C. 695, des affaires de la *Radiocommunication*, [1932] A.C. 304 et de l'*Aéronautique*, [1932] A.C. 54, ainsi que de l'arrêt *A.G. for Ontario c. Canada Temperance Federation*, *supra*, note 41, p. 205.

248. Sur le pouvoir dit « de police » des États conservé par le 10^e Amendement, voir Bernard SCHWARTZ, *op. cit. supra*, note 86, p. 47 et pp. 51-54. Voir aussi *Mayor of the City of New York c. Miln*, 11 Pet. 102 (1837); *Hannibal and St. J.R. Co. c. Husen*, 95 U.S. 465 (1877); cités dans Arval A. MORRIS, *The Constitution and American Education*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1980, p. 61.

249. Bernard SCHWARTZ, *op. cit. supra*, note 86, p. 46.

250. Traduction tirée de R.V. DENENBERG, *op. cit. supra*, note 5.

Toutefois, le gouvernement central américain s'occupe également d'éducation, et validement par le jeu de la section 8 de l'article premier et du deuxième alinéa de l'article VI de la Constitution, que voici :

[Le Congrès a le pouvoir] de lever et de percevoir des taxes, droits, impôts et excises [...] et *pouvoir à la prospérité générale des États-Unis* [et] de faire toutes les lois qui seront *nécessaires* et convenables pour mettre à exécution les pouvoirs ci-dessus mentionnés [...] ²⁵¹.

La présente Constitution, ainsi que les lois des États-Unis qui en découleront, [...] seront la loi suprême du pays; et les juges de chaque État seront liés par les susdites, nonobstant toute disposition contraire de la Constitution ou des lois de l'un quelconque des États ²⁵².

La comparaison Canada-États-Unis offre donc un intérêt limité pour prétendre à une stratégie nationale de l'éducation.

2) La mobilité étudiante

L'article 6 de la *Charte* donne aux candidats à l'étude d'une discipline la garantie que leur demande d'admission à une faculté, dans la province de leur choix, sera étudiée sans considération du fait qu'ils y résident ou non. Il leur donne aussi la garantie qu'ils ne paieront pas de frais de scolarité plus élevés parce qu'ils résident dans une autre province.

Les universités — nous l'avons vu — ne respectent pas toujours la première garantie ²⁵³ et peuvent être tentées de ne pas respecter la seconde.

Pourtant, en 1981, avant l'adoption de la *Charte*, le groupe de travail parlementaire sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces soulignait l'influence positive indirecte des contributions financières fédérales sur la mobilité des étudiants ²⁵⁴.

Par ailleurs, il considérait que « toute tentative fédérale d'établir par une loi des normes nationales d'enseignement postsecondaire serait inacceptable » ²⁵⁵, étant donné que l'éducation est de compétence provinciale.

De même, le Conseil économique du Canada disait en 1982 que les contributions pécuniaires fédérales destinées à l'enseignement postsecondaire avaient éliminé le critère de la résidence des universités en vainquant les hésitations de plusieurs provinces à voir une partie des retombées

251. *Id.* Les italiques sont de nous.

252. *Id.* Sur le pouvoir de dépenser du Congrès, voir John A. HAYES, *op. cit. supra*, note 81, pp. 87-89 et pp. 113-114, et *infra*, note 288.

253. *Supra*, note 89.

254. *Le fédéralisme fiscal au Canada*, Approvisionnements et Services, 1981, pp. 136, 139 et 143.

255. *Ibid.*

de leurs efforts de formation profiter à d'autres provinces²⁵⁶. Le Conseil ajoutait :

Tant que les gouvernements provinciaux ne prendront pas de mesures discriminatoires à l'endroit des étudiants provenant des autres provinces ou qu'ils ne chercheront pas à décourager de façon générale la mobilité des étudiants, la contribution fédérale devrait rester inconditionnelle²⁵⁷.

Les choses ont évolué depuis. Le caractère inconditionnel des contributions fédérales à l'enseignement postsecondaire commence à s'émousser : sous couvert de contrôler l'imputation des fonds attribués aux provinces, le gouvernement fédéral a envisagé d'établir des objectifs nationaux.

L'article 9 de la *Loi modifiant la Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis*²⁵⁸, sanctionnée le 7 juin 1984, prévoit en effet que le rapport annuel déposé au Parlement par le secrétaire d'État doit faire état du lien entre les contributions fédérales (transferts au comptant, transferts fiscaux et autres programmes d'aide ou de participation à l'enseignement postsecondaire) et « les objectifs du Canada en matière d'économie et d'enseignement ». Il doit de plus faire état des « résultats des éventuelles consultations entreprises [...] avec le Conseil canadien des ministres de l'Éducation sur la détermination des objectifs nationaux de l'enseignement postsecondaire et les moyens à mettre en œuvre par les gouvernements du Canada et des provinces en vue d'atteindre ces objectifs »²⁵⁹. L'adjectif « éventuelles » laisse songeur. Ce n'est qu'en 1986 qu'un tel rapport sera déposé. L'affaire est à suivre.

Un rappel historique aidera à mieux comprendre le pourquoi de ce changement d'attitude.

En 1951, le gouvernement fédéral institua un programme de subventions aux universités sans l'intermédiaire des gouvernements provinciaux, mais par celui de l'Association des Universités et Collèges du Canada, organisme privé qui a pour membre des institutions supérieures d'enseignement²⁶⁰.

La deuxième année du programme, Maurice Duplessis opposa, pour le Québec, un refus à cette forme d'empiètement du gouvernement fédéral dans le domaine provincial qu'est l'éducation. Ce n'est qu'en 1960, après sa mort, que le Québec et le gouvernement fédéral conclurent une

256. *Le financement de la Confédération d'aujourd'hui à demain*, Approvisionnement et Services, 1982, p. 59.

257. *Id.*, p. 143.

258. *Supra*, note 243.

259. Al. 24.1(1)d) et e).

260. Pour détails, voir France MORRISSETTE, « Le droit de retrait ("opting out") avec compensation au Canada et l'article 40 de la Loi constitutionnelle de 1982 », (1984) 15 *R.G.D.* 221, p. 238, par. 29 et p. 252, par. 62.

entente par laquelle cette province, en compensation de sa non-participation au programme de subventions fédérales aux universités, se voyait accorder un abattement fiscal (transfert de points d'impôt) ainsi qu'un paiement de rajustement (transfert au comptant)²⁶¹.

La *Loi de 1967 sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces* réaménagea, pour toutes les provinces, le partage des impôts en tenant compte de la contribution de celles-ci au titre de l'enseignement postsecondaire. La contribution fédérale — abattement fiscal (transfert de points d'impôt) et paiements de rajustement (transfert au comptant) — prenait une forme incitative, pouvant modifier les priorités des provinces. Elle représentait en effet de façon générale la moitié des dépenses admissibles au fonctionnement de l'enseignement postsecondaire dans chaque province (formule de partage des coûts)²⁶².

La *Loi de 1972 sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces* plafonna l'augmentation de cette contribution fédérale incitative à l'enseignement postsecondaire²⁶³ afin d'enrayer l'escalade qu'entraînait la formule de partage égal des coûts.

La *Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les contributions fédérales en matière d'enseignement postsecondaire et de santé* fit de la contribution fédérale non plus une contribution incitative mais « globale », celle-ci n'étant plus liée aux contributions provinciales, tout en restant plafonnée²⁶⁴.

Le résultat est que, de 1977 à 1984, rien n'incitait les provinces à affecter à l'enseignement postsecondaire les sommes attribuées par le gouvernement fédéral ni à réaliser des objectifs nationaux précis²⁶⁵. Les contributions fédérales, qui n'ont jamais été conditionnelles, n'étaient même plus incitatives.

261. Par. 9A(3) ajouté par S.C. 1960, chap. 13, à la *Loi sur les arrangements entre le Canada et les provinces relativement au partage des impôts*, S.C. 1956, chap. 29. France MORRISSETTE, *loc. cit. supra*, note 260, p. 252, par. 62.

262. S.C. 1966-67, chap. 89. Pour détails voir France MORRISSETTE, *loc. cit. supra*, note 260, pp. 239-240; A.W. JOHNSON, *Pour une meilleure orientation du financement de l'enseignement postsecondaire et de la recherche par le Gouvernement du Canada*, rapport destiné au secrétaire d'État du Canada, 15 février 1985, p. 25.

263. S.C. 1972, chap. 8, art. 22 à 31 en particulier.

264. S.C. 1976-77, chap. 10, modifié par S.C. 1980-81-82-83, chap. 46, chap. 48 et chap. 94 (ce dernier a été sanctionné le 7 avril 1982) et par S.C. 1984, chap. 6. Voir A.W. JOHNSON, *op. cit. supra*, note 262, p. 24. De même, les contributions pécuniaires fédérales au secteur de la santé sont effectuées principalement selon un mode de financement global et non plus selon une formule de frais partagés; elles suivent de façon générale le taux d'augmentation du produit national brut et le taux d'accroissement de la population totale de chaque province. Voir Richard SIMEON, "Fiscal Federalism in Canada: a Review Essay", (1982) 30 *Can. Tax J.* 41; David B. PERRY, "The Federal-Provincial Fiscal Arrangements for 1982-87", (1983) 31 *Can. Tax J.* 30.

265. A.W. JOHNSON, *op. cit. supra*, note 262, p. vii.

Le Parlement du Canada, dans le désir surtout de réduire les transferts effectués pour l'enseignement postsecondaire et de vérifier leur imputation, adopta donc l'article 9 du chapitre 13 des lois de 1984, qui annonce d'éventuels objectifs nationaux²⁶⁶.

Cette loi, alors qu'elle n'était qu'à l'état de projet (projet de loi C-12) déclencha un tollé chez les provinces, et particulièrement au Québec, ce qui n'empêcha cependant pas son adoption sous le gouvernement fédéral libéral d'alors²⁶⁷.

Entre temps, le secrétaire d'État demanda un rapport sur le financement de l'enseignement postsecondaire et de la recherche. Déposé en février 1985, le rapport Johnson²⁶⁸ ne voit pas le besoin de définir des objectifs nationaux d'éducation. Il mentionne toutefois la liberté de circulation des étudiants parmi les objectifs que pourrait considérer le gouvernement fédéral dans le financement de base des universités. Il définit ainsi cet objectif qualifié de particulier :

assurer à tous les étudiants le droit de recevoir leur enseignement postsecondaire dans n'importe quelle région du Canada, sans se heurter à des barrières artificielles ou discriminatoires²⁶⁹.

B. LES MOYENS ENVISAGÉS

Trois scénarios pour réaliser l'objectif de libre circulation par le biais du financement des universités sont évoqués dans le rapport Johnson²⁷⁰ : premièrement faire de cet objectif, dans une loi, un énoncé de principe; deuxièmement convenir de la réalisation de cet objectif dans le cadre d'une entente fédérale-provinciale; troisièmement, faire de cet objectif, dans une loi, une condition de l'augmentation annuelle des transferts fiscaux du gouvernement fédéral aux provinces. Seuls les deux premiers scénarios sont retenus dans le rapport²⁷¹. On pourrait y ajouter un quatrième : une modification constitutionnelle.

266. *Supra*, note 243. Dans le domaine de la santé, le législateur fédéral a fait plus en prévoyant entre autres dans la *Loi canadienne sur la santé*, S.C. 1984, chap. 6, une pénalisation monétaire si les provinces ne modifient pas leur législation sur l'assurance-maladie de façon à interdire la surfacturation (art. 18, 20 et 21). À noter qu'un projet de loi non gouvernemental (C-244) portant création d'un Conseil canadien de l'enseignement postsecondaire a été déposé le 26 juin 1985. Un tel Conseil qui aurait, entre autres fonctions, celle d'élaborer « une stratégie de l'enseignement postsecondaire canadien » (al. 6(1)a) du projet) pourrait être juridiquement contestable. Voir par comparaison le Conseil médical du Canada dont la légalité est discutée dans C. JACQUIER, *op. cit. supra*, note 89, pp. 160-167.

267. Sanction royale le 7 juin 1984.

268. *Op. cit. supra*, note 262.

269. *Id.*, p. 37.

270. *Id.*, pp. 37-38.

271. En les espérant « viables » : *id.*, p. 38.

Voyons-en la légalité, en commençant par le troisième, le plus contestable.

1) Contributions pécuniaires conditionnelles

Ce scénario amène à parler péréquation et « pouvoir de dépenser ».

Une distinction s'impose. Les paiements de péréquation sont des transferts au comptant qui visent à diminuer sinon à corriger les inégalités entre provinces. La péréquation participe donc de l'essence même du fédéralisme. Les paiements effectués par le gouvernement fédéral en vertu de son « pouvoir de dépenser », par ailleurs très controversé²⁷², sont par contre des transferts de points d'impôt ou au comptant effectués pour servir à certains programmes dans le champ de compétence des provinces — santé et enseignement postsecondaire —. Autrement dit, il s'agit non pas de contributions gracieuses du gouvernement fédéral mais du transfert d'une partie des impôts qu'il perçoit et que les provinces auraient pu lever à sa place en vertu de leur propre pouvoir de taxation à des fins provinciales²⁷³.

La péréquation est aujourd'hui inscrite dans la Constitution. C'est l'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le paragraphe 36(1) exprime une volonté politique commune des gouvernements provinciaux et du gouvernement fédéral de donner des chances égales à tous :

36. (1) Sous réserve des compétences législatives du Parlement et des législatures et de leur droit de les exercer, le Parlement et les législatures, ainsi que les gouvernements fédéral et provinciaux, s'engagent à :

272. Sur l'existence même et la source du pouvoir de dépenser du fédéral dans des domaines réservés à la juridiction provinciale, voir : Gilbert L'ÉCUEYER, « La compétence législative en matière d'habitation », (1975) 16 *C. de D.* 217, pp. 224-230 (source : al. 91.3 et 91.1A de la *Loi constitutionnelle de 1867*); E.A. DRIEDGER, "The Spending Power", (1981) 7 *Queen's L. J.* 124 (art. 102 et 106 de la *Loi constitutionnelle de 1867*); Frank R. SCOTT, "The Constitutional Background of Taxation Agreements", (1955-56) 2 *McGill L. J.* 1 (prérogative et *common law*); Gérard V. LA FOREST, *The Allocation of Taxing Power under the Canadian Constitution*, 2^e éd., Toronto, L'Association canadienne d'études fiscales, 1981, p. 39 et suiv. (al. 91.3 de la *Loi constitutionnelle de 1867*). Sur le pouvoir de dépenser en général, voir aussi : G.A. BEAUDOIN, *op. cit. supra*, note 64, pp. 341-349; Jacques DUPONT, « Le pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral : A Dead Issue? », (1967) *U.B.C. L. Rev. / C. de D.* — *Édition du Centenaire* — 69; Peter W. HOGG, *op. cit. supra*, note 99, pp. 68-72; François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel, notes et jurisprudence*, Les Presses de l'Université de Montréal, 1982, pp. 1039-1047.

273. Andrée LAJOIE, « Nouvelle offensive du pouvoir fédéral de dépenser — Les services de santé, l'éducation », *Le Devoir*, 6 et 7 mars 1984; *id.*, *Contrats administratifs — jalons pour une théorie*, Centre de recherche en droit public, Éd. Thémis, Montréal, 1984, p. 144.

- a) promouvoir l'égalité des chances de tous les Canadiens dans la recherche de leur bien-être;
- b) favoriser le développement économique pour réduire l'inégalité des chances;
- c) fournir à tous les Canadiens, à un niveau de qualité acceptable, les services publics essentiels.

Ce paragraphe ne contient que des engagements de principe du Parlement et des législatures, faute de consensus de leur part sur la question des droits dits sociaux²⁷⁴. En ce qu'elle exprime la ligne de conduite²⁷⁵ qu'entendent suivre les acteurs provinciaux et fédéral et qui les engagent, cette déclaration pourrait au mieux être assimilable à une convention constitutionnelle écrite dont la violation ne comporterait pas de sanction juridique²⁷⁶.

Cette politique d'égalité a un coût, dont le paragraphe 36(2) prévoit le paiement par la péréquation :

Le Parlement et le gouvernement du Canada prennent l'engagement de principe de faire des paiements de péréquation propres à donner aux gouvernements provinciaux des revenus suffisants pour les mettre en mesure d'assurer les services publics à un niveau de qualité et de fiscalité sensiblement comparables.

Il s'agit d'une déclaration d'intention, des seuls organes fédéraux bien sûr, qui n'a pas force exécutoire devant les tribunaux²⁷⁷.

Le paragraphe 36(2) n'entérine pas le « pouvoir de dépenser » du gouvernement fédéral — différent de la péréquation — mais pourrait servir à interpréter les articles 102 et 106 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sur l'affectation du Fonds du revenu consolidé au service public et en particulier à déterminer ce qu'il faut entendre par « service public »²⁷⁸.

L'éducation universitaire est-elle un service public ? Nous avons vu que ce n'était pas un service social public au sens de l'alinéa 6(3)b)²⁷⁹. Ce serait par contre un service public au sens du paragraphe 36(2), si l'on

274. LÉO D. BARRY, *loc. cit. supra*, note 209, p. 261.

275. Dans *Jack c. R.*, [1980] 1 R.C.S. 294, p. 299, une ligne de conduite existant en Colombie-Britannique avant la Confédération et consacrée par les « Conditions de l'Union » approuvées en vertu de l'article 146 de l'*A.A.N.B.* a été jugée sans fondement juridique.

276. Pour Andrée LAJOIE, *loc. cit. supra*, note 273, l'art. 36 ne comporterait toutefois même pas une obligation contractuelle; il n'aurait au plus qu'un effet idéologique. Pour France MORRISSETTE, *loc. cit. supra*, note 260, pp. 272-273, ce n'est qu'une obligation politique. Voir aussi Peter W. HOGG, *op. cit. supra*, note 99, p. 84 et p. 71 où il est fait une distinction entre des obligations assumées volontairement et une réglementation obligatoire.

277. *Supra*, note 275.

278. L'alinéa 36(1)c) parle de service public essentiel, alors que le paragraphe 36(2) parle simplement de service public.

279. *Supra*, p. 541.

retient le côté public des universités²⁸⁰. Le juge Beetz, au nom de la majorité, bien que qualifiant une université de « groupement de professeurs et d'étudiants d'une autonomie interne appréciable »²⁸¹, y fait allusion dans l'affaire *Harelkin c. Université de Regina* :

Même si une université constituée par une loi et bénéficiaire de fonds publics peut, dans un sens, être considérée comme un *service public chargé de dispenser l'enseignement supérieur à un grand nombre de citoyens* [...], sa responsabilité immédiate et expresse s'étend d'abord à ses membres actuels [...]²⁸².

Service public donc, en tenant compte des alinéas 36(1)a) et b), suffisants pour inclure la volonté politique — mais non l'obligation — d'ouvrir la formation universitaire à tous à égalité dans chaque province. Service public essentiel au sens de l'alinéa 36(1)c)? Nous ne le croyons pas, étant donné l'absence d'obligation juridique à l'article 36 et l'inexistence constatée plus haut d'un droit fondamental à l'éducation universitaire²⁸³.

La Constitution prévoit donc que c'est par le biais de la péréquation et non par celui d'un éventuel « pouvoir de dépenser » du gouvernement fédéral que celui-ci peut ajouter ses contributions à celles des provinces dans le domaine de l'enseignement supérieur, considéré comme service public.

De plus, la Constitution fait obligation au gouvernement fédéral de respecter les compétences législatives des provinces. Les mots « sous réserve des compétences législatives [...] des législatures », au début du paragraphe 36(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'indiquent.

La jurisprudence le laissait timidement entendre dans *Caron c. R.*²⁸⁴. Il en était de même dans *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*²⁸⁵ qu'éclaire le juge en chef Laskin dans le *Renvoi sur la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles* :

L'invalidité d'un régime de réglementation qui excède, en lui-même, la compétence du fédéral ne sera pas couverte parce que celui-ci aura utilisé son pouvoir de taxation pour le financer²⁸⁶.

280. *Supra*, notes 34 et 36.

281. *Harelkin c. Université de Regina*, *supra*, note 36, pp. 594-595.

282. *Ibid.*

283. *Supra*, p. 542.

284. [1924] A.C. 999 (« taxation » en vertu de l'al. 91.3 de la *Loi constitutionnelle de 1867*); aussi, arrêt *La Cie d'assurance des citoyens du Canada c. Parsons*, (1881-1882) 7 A.C. 96, p. 108 (*obiter*) : "It obviously could not have been intended that the general power [taxation en vertu de 91] should override the particular one [taxation en vertu de 92]".

285. *A.G. for Canada c. A.G. for Ontario*, [1937] A.C. 355, pp. 366-367 (Lord Atkin); voir en Cour suprême, [1936] R.C.S. 427, pp. 452 et 454.

286. [1978] 2 R.C.S. 1198, pp. 1234; mais : *Rex c. Red Line Ltd.*, (1930) 66 O.L.R. 53, pp. 70-71; *Angers c. Le ministre du revenu national*, 1957 R. C. de l'É. 83, pp. 88-91 (condition d'une mesure facultative d'assistance); *Porter c. R.*, [1965] 1 R. C.

L'article 36 lève tout doute à cet égard. De plus, l'article 40 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en prévoyant un droit de retrait avec compensation s'il porte sur l'éducation rappelle la souveraineté des provinces en la matière.

Dès lors, est contestable non pas le fait que des contributions soient destinées à un domaine exclusivement provincial mais le fait que l'une ou l'autre des conditions d'octroi et même de versement de ces contributions revienne indirectement, par leur effet, à réglementer un tel domaine²⁸⁷.

Qu'en est-il aux États-Unis? Les conditions imposées aux États dans des programmes financés par le gouvernement central sont jugées en général valides en vertu de la section 8 de l'article premier de la *Constitution des États-Unis* même si elles reviennent à régenter des domaines conservés aux États²⁸⁸.

Ainsi, dans le domaine de la santé, les "Professionnel Standards Review Organizations", comités de médecins institués par le Congrès pour vérifier si les services rendus dans le cadre des programmes Medicare et Medicaid étaient médicalement nécessaires, ont été jugés valides. Ils n'étaient qu'un moyen de contrôler les dépenses des fonds fédéraux par les États, même si en pratique cela revenait à établir des normes nationales en matière de services assurés²⁸⁹.

La *Constitution du Canada*, par les articles 102 et 106 de la *Loi constitutionnelle de 1867* interprétés à la lumière du nouvel article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui — nous l'avons vu — préserve la compétence législative des provinces, ainsi que de l'article 40 qui confirme indirectement la compétence actuelle des provinces en matière d'éducation, ne pourrait, à notre avis, permettre une approche semblable.

de l'É. 200, p. 212; *Central Mortgage and Housing Corp. c. La coopérative Collège Résidence Inc.*, (1974) 44 D.L.R. (3d) 662 et 13 O.R. (2d) 394. Voir G.A. BEAUDOIN, *op. cit. supra*, note 64, pp. 330-331 et pp. 346-347.

287. Jacques DUPONT, *loc. cit. supra*, note 272, pp. 78-79; Andrée LAJOIE et Patrick MOLINARI, « Partage constitutionnel des compétences en matière de santé au Canada », (1978) 56 *R. du B. can.* 579, pp. 596-597.

288. *Supra*, note 252; voir par exemple *State of North Carolina Ex. Rel. Morrow c. Califano*, U.S. Dist. Crt., North Carolina, 1977, 445 F. Supp. 532, conf. par 435 U.S. 962 (1978), cité dans Walter WADLINGTON, Jon R. WALTZ et Roger B. DWORKIN, *Cases and materials on Law and Medicine*, Mineola, N.Y., The Foundation Press Inc., 1980, pp. 279-284 (validité du *National Health Planning and Resources Development Act of 1974*, 42 U.S.C.A. 300K et suiv.). Voir aussi *U.S. c. Butler*, 297 U.S. 1 (1936), *Steward Machine Co. c. Davis*, 301 U.S. 548 (1937) et *Oklahoma c. United States Civil Service Commission*, 330 U.S. 127 (1947), cités par François CHEVRETTE et Herbert MARX, *op. cit. supra*, note 272, pp. 1044-1045.

289. *Association of American Physicians and Surgeons c. Weinberger*, U.S. Dist. Crt., Ill., 1975, 395 F. Supp. 125, conf. par 423 U.S. 975 (1975), cité dans Walter WADLINGTON, *op. cit. supra*, note 288, pp. 258-273.

Nous ne sommes donc pas convaincus que les tribunaux canadiens puissent être un jour amenés, comme aux États-Unis, à se prononcer pour la légalité, dans une loi fiscale fédérale, de conditions touchant à la compétence législative des provinces en matière d'éducation. Le scénario posant comme condition une liberté de circulation qui irait plus loin que ce que garantit la *Charte*²⁹⁰ échouerait donc. Car il modifierait le partage des pouvoirs en donnant au Parlement fédéral une certaine compétence législative sur l'enseignement supérieur. Faut-il rappeler l'évidence, indiquée à l'article 31 de la *Loi constitutionnelle de 1982* :

La présente charte n'élargit pas les compétences législatives de quelque organisme ou autorité que ce soit.

2) Énoncé de principe dans une loi

Deuxième scénario : faire de la liberté de circulation un énoncé de principe dans une loi fiscale fédérale sur le financement des universités.

Un énoncé de politique dans une loi est une façon de contourner l'interdiction actuelle de droit de regard sur les travaux préparatoires de la loi²⁹¹. Il ne lie toutefois que celui qui le fait. Il ne lierait « moralement » les provinces que si elles-mêmes faisaient le même énoncé de politique dans leurs propres lois.

De plus, non seulement il n'emporte pas d'obligation juridique²⁹², mais encore il n'aurait qu'une valeur interprétative limitée.

La place d'un énoncé de principe ou d'une déclaration d'objectifs est habituellement dans le préambule d'une loi.

Le préambule fait partie de la loi et « sert à en expliquer la portée et l'objet » selon l'article 12 de la *Loi d'interprétation* fédérale. Il peut donc théoriquement servir à interpréter les autres dispositions de la loi. Toutefois, son utilité est restreinte, les juges ne le prenant pas en considération « si la portée du dispositif de la loi est claire »²⁹³. Par ailleurs, même s'ils le regardent, « en cas de contradiction entre le préambule et le dispositif de la loi, c'est le dispositif qui prévaut »²⁹⁴.

Le préambule d'une loi fiscale fédérale qui déclarerait la liberté de circulation comme un des objectifs du financement de l'enseignement

290. La *Charte* pourvoyant déjà à la libre circulation des étudiants, nous ne voyons pas l'utilité d'en faire une condition dans une loi fédérale. C'est aux tribunaux à faire appliquer la *Charte*.

291. A.F. BISSON, « Préambules et déclarations de motifs ou d'objets », (1980) 40. *R. du B.* 58, pp. 66-67.

292. *Supra*, note 276.

293. A.F. BISSON, *loc. cit. supra*, note 291, p. 62. Voir aussi P.A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1982, pp. 41-43.

294. *Ibid.*

postsecondaire aurait peu de poids. Premièrement, le but premier d'une telle loi ne serait pas de garantir un droit, ce que fait déjà la *Charte canadienne*, mais d'effectuer une répartition des impôts perçus. La liberté de circulation ne serait qu'un objectif secondaire. Deuxièmement, cette déclaration ne viendrait pas modifier le partage des compétences entre le gouvernement fédéral et les provinces. Ce n'est pas parce que sont lancés les mots magiques — liberté de circulation —, renvoi évident à la *Charte canadienne*, que des normes pancanadiennes peuvent être établies en matière d'enseignement postsecondaire.

Si la déclaration de cet objectif se trouvait dans le corps même de la loi, son effet serait tout aussi limité, les juges recherchant derrière les mots utilisés la véritable qualification constitutionnelle de la loi²⁹⁵.

3) Une entente fédérale-provinciale

Ce scénario reçoit généralement la faveur des intéressés. Pourtant :

Notre constitution ne prévoit aucun mécanisme formel de relation fédérale-provinciale : cette lacune est majeure²⁹⁶.

La Constitution sous-entend cependant la possibilité d'ententes au paragraphe 36(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour que ce paragraphe ait un sens, il faut en effet qu'il y ait concomitance entre la volonté du gouvernement fédéral et celle d'une ou plusieurs provinces. Parce qu'il engage les organes fédéraux et provinciaux et non les seuls organes fédéraux, le paragraphe 36(1) suppose la concertation et sa suite logique, des ententes fédérales-provinciales.

L'existence même de ces ententes participe du fédéralisme. Les acteurs ne peuvent s'ignorer. Les ententes fédérales-provinciales ne lient toutefois que les gouvernements qui les signent et n'ont d'effet que si elles sont intégrées dans la législation respective de ces gouvernements. On ne légifère pas par contrat. Le juge Laskin, pour la majorité, a ainsi jugé dans le *Renvoi sur la Loi anti-inflation* qu'en l'absence de législation

295. Dans les décisions relatives au partage des compétences, l'analyse est axée sur l'objet véritable de la loi : voir opinion du juge Wilson, dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd*, *supra*, note 7, pp. 5-6 de la version française, sur l'analyse faite avant la *Charte* dans *Walter c. A.G. of Alberta*, *supra*, note 70, *Quong-Wing c. R.*, *supra*, note 70, *Co-operative Committee on Japanese Canadians c. A.G. of Canada*, [1947] A.C. 87 (C.P.) et *Morgan c. Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard*, *supra*, note 45.

296. Gil RÉMILLARD, « Éducation postsecondaire — Ottawa ne peut imposer ses normes nationales », *Le Devoir*, 1^{er} juin 1985, p. 12.

provinciale, un accord passé entre le gouvernement fédéral et un gouvernement provincial — ontarien en l'occurrence — n'avait pas pour effet d'assujettir les personnes concernées de cette province à la loi fédérale²⁹⁷.

Deux autres questions se posent à propos de tels accords : peuvent-ils être conclus valablement et peut-on s'en servir comme moyen d'atténuer la rigueur de la Constitution, voire de la contourner? Première question : la Reine — au cœur des gouvernements — ne pourrait contracter avec elle-même, étant donné la fiction juridique voulant que la Couronne est indivisible²⁹⁸. Mais ne pourrait-on pas dire que, de la même façon qu'elle administre sous plusieurs chefs, elle pourrait contracter sous plusieurs chefs²⁹⁹? La jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion d'en décider formellement. Deuxième question : si la Constitution est au-dessus des lois, à plus forte raison est-elle au dessus des ententes. On doit donc conclure qu'on ne peut pas plus déroger au partage des pouvoirs par entente que par une loi. Cela reviendrait à déléguer des pouvoirs législatifs, ce qu'a clairement condamné la jurisprudence³⁰⁰.

Bref, les ententes ne sont pas la panacée. Faire de la libre circulation des étudiants un objectif dans une entente fiscale n'aurait guère plus d'effet que dans la loi qui devrait entériner cette entente.

4) Une modification constitutionnelle

L'article 40 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit :

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

Dans les provinces qui participeraient à un tel transfert de compétence, le Parlement du Canada pourrait légalement établir des normes nationales dans le secteur de l'enseignement supérieur, ce qui pourrait favoriser la liberté de circulation des étudiants, indépendamment de la *Charte canadienne*.

L'article 40, contrairement à l'article 36, créerait par ailleurs une obligation juridique qui permettrait aux tribunaux d'intervenir : celle de verser une compensation financière à la province qui ne serait pas partie au transfert de compétence³⁰¹. Cela ne permettrait toutefois pas d'ajouter pour cette province au contenu actuel de la liberté de circulation inter-

297. [1976] 2 R.C.S. 373, pp. 433-436.

298. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit. supra*, note 17, pp. 604-605.

299. *Id.*, p. 64.

300. *A.G. of Nova Scotia c. A.G. of Canada*, [1951] R.C.S. 31.

301. France MORRISSETTE, *loc. cit. supra*, note 260, pp. 272-274, par comparaison avec l'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

provinciale garantie par la *Charte*. L'exercice par une province du droit de se retirer d'un tel transfert serait en effet limité par l'article 6 de la *Charte* dans la même mesure que l'exercice actuel par les provinces de leur compétence sur l'éducation³⁰².

Qu'il y ait ou non transfert, une atteinte à la liberté de circulation serait de traiter différemment les étudiants, en fonction de leur province de résidence, pour les frais de scolarité exigés d'eux ou à l'admission.

Encore une fois, la *Charte* ne change pas le partage des compétences. Il importe peu que la compétence sur l'éducation soit détenue par le Parlement fédéral en vertu de l'article 40 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour les provinces parties au transfert de cette compétence ou par une province non participante en vertu de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Même si cela peut revenir à reconnaître à cette dernière un statut particulier, l'exercice du « droit de retrait » ne fait que lui conserver la compétence que la Constitution lui a attribuée depuis toujours. Ce n'est pas l'article 6 de la *Charte* qui pourrait réduire cette compétence au profit du Parlement du Canada. C'est le transfert de compétence lui-même qui aurait l'effet d'élargir dans les seules provinces participantes la portée de la liberté de circulation des étudiants, indépendamment de la *Charte*, en validant l'établissement de normes nationales pour ces provinces.

Aussi longtemps que les universités de la province non participante ne chercheront pas à exclure systématiquement les étudiants des autres provinces et à les empêcher ainsi ultérieurement de gagner leur vie dans la province, elles pourront contrôler l'enseignement universitaire et décerner des diplômes³⁰³, sans nécessairement reconnaître les diplômes des autres provinces. La reconnaissance mutuelle des diplômes ne peut venir que d'une initiative provinciale. Notons qu'elle existe dans une large mesure par l'acceptation volontaire de normes nationales de formation, indépendamment des gouvernements. Des associations privées ayant le statut de compagnies sans but lucratif à objets éducatifs ou professionnels contribuent en effet à l'instauration de normes pancanadiennes³⁰⁴. Devant cette situation de fait, le débat a-t-il encore sa raison d'être?

302. *Contra* : France MORRISSETTE, *loc. cit. supra*, note 260, pp. 281-282 : l'argument n'a toutefois pas été développé dans le cadre de cet article.

303. La question de savoir si un candidat a eu une formation suffisante pour que puisse lui être décerné un diplôme relève essentiellement des affaires internes de l'université. Voir : *R. c. Dunsheath, Ex. p. Meredith*, [1950] 2 All E.R. 741; *Thorne c. University of London*, [1966] 2 All E.R. 338; *King c. The University of Saskatchewan*, *supra*, note 36, p. 686.

304. Le Parlement fédéral a depuis longtemps usé de son pouvoir de constituer des compagnies pour donner, par lois spéciales, à des associations privées le statut de compagnies sans but lucratif. La plupart sont aujourd'hui prolongés par lettres patentes en vertu de l'article 159 de la *Loi sur les corporations canadiennes*, S.R. 1970, chap. C-32 et S.C. 1969-70, chap. 70. Ex. dans le domaine médical : l'Association médicale canadienne, l'Association des facultés de médecine du Canada et le Comité d'agrément des facultés de médecine du Canada, le Collège Royal des médecins et chirurgiens du Canada, le

CONCLUSION

Les universités, dans la mesure où la *Charte canadienne* leur est opposable, ne peuvent pas poser de condition de résidence aux étudiants canadiens qui soumettent leur candidature à l'admission dans une faculté. Et même si elles admettent des étudiants sans poser une telle condition, elles ne peuvent pas les facturer différemment selon leur province de résidence. L'article 6 de la *Charte*, dont le but fondamental est de garantir des déplacements sans barrières artificielles d'une province à une autre, semble bien leur en faire obligation. La Cour suprême, placée dans un contexte étudiantin, pourrait être amenée à en juger ainsi. L'arrêt *Skapinker*, rendu dans un contexte professionnel, n'est en effet qu'une étape dans l'interprétation de l'article 6.

La liberté de circulation garantie aux étudiants est par ailleurs quasi absolue. Les restrictions admises par le paragraphe 6(3) et l'article 1 de la *Charte* s'appliquent en effet difficilement au cadre des études supérieures : parce que l'éducation universitaire n'est pas un service social public au sens de l'alinéa 6(3)b) et parce que les règles universitaires en matière d'admission et de frais de scolarité ne seraient ni des lois ou usages d'application générale au sens de l'alinéa 6(3)a), ni des règles de droit au sens de l'article 1. En somme, plus la mesure prise, qui restreint un droit garanti, est administrative, discrétionnaire ou à portée individuelle, moins elle peut être valide, et plus le droit garanti devient absolu.

On peut se demander si la liberté de circulation des étudiants, quasi absolue dans le cadre de la *Charte*, pourrait être un enjeu valable du financement des universités par le gouvernement fédéral. Faire de la liberté de circulation une condition ou un énoncé de principe dans une loi ou entente fiscale n'aurait en réalité pas pour effet d'ajouter au contenu de cette liberté constitutionnelle et, partant, de modifier le partage des compétences entre le Parlement du Canada et les provinces. Cela ne permettrait pas l'adoption de diplômes nationaux, ni n'entraînerait la reconnaissance mutuelle automatique par les provinces des diplômes qui y sont décernés. L'éducation est un domaine réservé aux provinces, avec ou sans *Charte*.

L'adoption d'une modification constitutionnelle, qui donnerait compétence sur l'éducation au Parlement du Canada dans les provinces qui accepteraient un tel transfert, pourrait seule permettre d'élargir la portée de la liberté de circulation des étudiants dans ces provinces. Car elle y légaliserait l'établissement par le Parlement de normes nationales en matière d'études supérieures. Or, des normes pancanadiennes existent déjà en ce domaine, indépendamment des gouvernements. La portée de la liberté de circulation serait-elle donc si tant élargie par une modification constitutionnelle? Le jeu pourrait ne pas en valoir la chandelle.

Collège des médecins de famille du Canada et le Conseil médical du Canada dont la légalité est toutefois douteuse. Voir C. JACQUIER, *op. cit. supra*, note 89, pp. 146-168 sur le sujet et *supra*, note 266.