

**L'IMPACT DE LA JURISPRUDENCE RÉCENTE
SUR LE STATUT DES DROITS LINGUISTIQUES
EN SASKATCHEWAN**

29 novembre 2002

Peter T. Bergbusch
Balfour Moss
Avocats-notaires
2103, 11e Avenue, 7e étage
Régina (SK)
S4P 4G1

L'IMPACT DE LA JURISPRUDENCE RÉCENTE SUR LE STATUT DES DROITS LINGUISTIQUES EN SASKATCHEWAN¹

I. INTRODUCTION

L'AJEFS M'A CONFÉRÉ LA MISSION D'ÉTUДИER LA JURISPRUDENCE RÉCENTE DE LA COUR SUPRÊME ET DES COURS D'APPEL DES AUTRES PROVINCES TOUCHANT LES DROITS LINGUISTIQUES ET DE VOIR SI CES DÉCISIONS POURRONT AVOIR UN IMPACT SUR LES DROITS LINGUISTIQUES EN SASKATCHEWAN. JE VOUS REMERCIE DE M'AVOIR PERMIS L'OCCASION DE VOUS FAIRE RAPPORT DE MES CONCLUSIONS.

POUR NE PAS VOUS GARDER EN SUSPENSE, JE VAIS DÉBUTER AVEC MES CONCLUSIONS:

L'AFFIRMATION PAR LA COUR SUPRÊME DU CANADA QUE LES DROITS LINGUISTIQUES DOIVENT RECEVOIR UNE INTERPRÉTATION GÉNÉREUSE ET LA RECONNAISSANCE QU'IL EXISTE DES PRINCIPES NON

¹ Je tiens à remercier Me Roger Lepage pour ses commentaires utiles sur l'ébauche de cette étude, l'Association des juristes d'expression française de la Saskatchewan pour m'avoir conféré cette tâche et le

ÉCRITS DE LA CONSTITUTION, DONT UNE EST LE PRINCIPE DE LA PROTECTION ET DU RESPECT DES MINORITÉS OUVRE LA POSSIBILITÉ QU'UN TRIBUNAL POURRAIT DÉCLARER INCONSTITUTIONNEL LA LOI LINGUISTIQUE DE LA SASKATCHEWAN. RÉSULTAT: L'ARTICLE 110 DE L'ACTE DES TERRITOIRES DU NORD-OUEST DE 1886 SERAIT RÉANIMÉ, ET LE PROVINCE DE LA SASKATCHEWAN SERAIT UNE PROVINCE BILINGUE. J'AVOUE IMMÉDIATEMENT QUE C'EST UNE THÈSE CONTROVERSÉE.

1. En 1988 la législature de la Saskatchewan a adopté une loi bilingue, la Loi linguistique, dont le but principal était, ironiquement, d'abolir le statut bilingue de la province. Cette façon de renverser la déclaration de la cour suprême que toutes les lois unilingues de la Saskatchewan étaient nulles et sans effet a été suggérée par la cour elle-même. L'article 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* de 1886² qui imposait l'obligation d'adopter toutes les lois provinciales en français et en anglais, ne faisait pas partie de la constitution de la province et pouvait être abrogée par une simple loi bilingue. Pendant les six premières

Programme de contestation judiciaire pour son financement de l'étude.

² S.R.C. 1886, chap. 50, art. 110.

années de la *Charte canadienne des droits et libertés*,³ personne n'aurait suggéré que les droits linguistiques enchâssés dans la constitution canadienne ou, de surcroît, des principes non écrits de la constitution ne permettaient la diminution des garanties linguistiques. Depuis 1986, les droits linguistiques, issus de compromis politiques, devaient être interprétés avec retenue par les tribunaux.

2. Cette réticence judiciaire à l'égard des droits linguistiques a été écartée depuis les derniers quatre ans. Nous remarquons en particulier trois développements jurisprudentiels significatifs : la mise à l'écart d'une approche restrictive à l'interprétation des droits linguistiques enchâssés dans la constitution ; la reconnaissance par la Cour suprême de principes non écrits qui sous-tendent la constitution canadienne, notamment le principe de la protection des minorités ; et la conclusion que ces principes sous-jacents peuvent donner lieu à des obligations juridiques substantielles. Cette étude analysera ces développements et les conséquences qui en découlent pour le statut du français en Saskatchewan.

³ Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la *Loi du 1982 sur le Canada*, (R.U.), 1982. (ci-après la «*Charte* »).

II. LA MISE À L'ÉCART D'UNE INTERPRÉTATION RESTRICTIVE DES DROITS LINGUISTIQUES

3. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*,⁴ la Cour suprême a réitéré que **les droits linguistiques** au Canada résultent de «compromis historiques.»⁵ Ceci ne veut pas dire que ces droits ne sont pas fondés sur des principes :

Il faut bien souligner toutefois que, même si ces dispositions sont le résultat de négociations et de compromis politiques, cela ne signifie pas qu'elles ne sont pas fondées sur des principes. Bien au contraire, elles sont le reflet d'un principe plus large lié à la protection des droits des minorités. Les trois autres principes constitutionnels ont sans doute une incidence sur la portée et l'application des garanties protégeant spécifiquement les droits des minorités. Nous soulignons que la protection de ces droits est elle-même un principe distinct qui sous-tend notre ordre constitutionnel. Ce principe se reflète clairement dans les dispositions de la *Charte* relatives à la protection des droits des minorités.⁶
[soulignement ajouté]

4. Suite au *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême a eu l'occasion dans l'arrêt *R. c. Beaulac*⁷ de réexaminer l'impact du fait que les droits linguistiques résultent d'un

⁴ [1998] 2 R.C.S. 217.

⁵ *Ibid.* à la p. 261.

⁶ *Ibid.* aux pp. 261-2.

compromis politique sur leur portée et interprétation. Pour la majorité, l'honorable juge Bastarache écrit :

24 Même si les droits linguistiques constitutionnels découlent d'un compromis politique, ceci n'est pas une caractéristique qui s'applique uniquement à ces droits. A. Riddell, dans «À la recherche du temps perdu: la Cour suprême et l'interprétation des droits linguistiques constitutionnels dans les années 80» (1988), 29 C. de D. 829, à la p. 846, souligne que l'adoption des art. 7 et 15 de la *Charte* résulte aussi d'un compromis politique et soutient, à la p. 848, que l'histoire constitutionnelle du Canada ne fournit aucune raison de penser qu'un tel compromis politique exige une interprétation restrictive des garanties constitutionnelles. Je conviens que l'existence d'un compromis politique n'a aucune incidence sur l'étendue des droits linguistiques. L'idée que le par. 16(3) de la *Charte*, qui a officialisé la notion de progression vers l'égalité des langues officielles du Canada exprimée dans l'arrêt *Jones*, précité, limite la portée du par. 16(1) doit également être rejetée. Ce paragraphe confirme l'égalité réelle des droits linguistiques constitutionnels qui existent à un moment donné. L'article 2 de la *Loi sur les langues officielles* a le même effet quant aux droits reconnus en vertu de cette loi. Ce principe d'égalité réelle a une signification. Il signifie notamment que les droits linguistiques de nature institutionnelle exigent des mesures gouvernementales pour leur mise en oeuvre et créent, en conséquence, des obligations pour l'État; voir *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 412; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, à la p. 1038; *Renvoi relatif à la*

⁷ [1999] 1 R.C.S. 768 (ci-après «*Beaulac* »).

Public Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 73; *Mahé*, précité, à la p. 365. Il signifie également que l'exercice de droits linguistiques ne doit pas être considéré comme exceptionnel, ni comme une sorte de réponse à une demande d'accommodement. Cela dit, il faut noter que la présente affaire ne porte pas sur la possibilité que des droits linguistiques d'origine constitutionnelle soient en conflit avec des droits particuliers prévus par la loi.

25 Les droits linguistiques doivent dans tous les cas [soulignement dans l'original] être interprétés en fonction de leur objet, de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada; voir *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, précité, à la p. 850. Dans la mesure où l'arrêt *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick*, précité, aux pp. 579 et 580, préconise une interprétation restrictive des droits linguistiques, il doit être écarté. La crainte qu'une interprétation libérale des droits linguistiques fera que les provinces seront moins disposées à prendre part à l'expansion géographique de ces droits est incompatible avec la nécessité d'interpréter les droits linguistiques comme un outil essentiel au maintien et à la protection des collectivités de langue officielle là où ils s'appliquent. Il est également utile de réaffirmer ici que les droits linguistiques sont un type particulier de droits, qui se distinguent des principes de justice fondamentale. Ils ont un objectif différent et une origine différente. ...⁸ [soulignement ajouté]

⁸ *Ibid.* aux par. 24-5.

5. Cet extrait soulève plusieurs idées complexes et mérite une étude approfondie. Nous notons, premièrement, que le juge Bastarache écarte complètement la notion que l'origine des droits linguistiques ait une connexion quelconque avec leur portée. De plus, le juge rejette l'argument que le paragraphe 16(1) de la *Charte* doit être interprété d'une manière restrictive pour ne pas empêcher les provinces et surtout le gouvernement fédéral de prendre des mesures pour améliorer le statut des droits linguistiques qui vont au-delà de ce qui est requis par la *Charte*. Le juge affirme que les droits linguistiques obligent les gouvernements de prendre des mesures concrètes pour faire la mise en œuvre de ces droits. Les autres droits enchâssés dans la *Charte* (sauf, peut-être les garanties à l'égalité) limitent les actions des gouvernements. Le juge Bastarache reconnaît aussi l'importance du respect des droits linguistiques pour la dignité de la personne – le respect de ces droits n'est pas un accommodement. Finalement, les droits linguistiques enchâssés dans la *Charte* doivent recevoir une interprétation large et libérale, contrairement au sens restrictif préconisé dans la trilogie de 1986.⁹

⁹ *Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549 (ci-après, «*Société des Acadiens* ») ; *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460 ; *Bilodeau c. Manitoba (Procureur général)*, [1986] 1 R.C.S. 449.

6. La décision du juge Bastarache au nom de la majorité dans l'arrêt *Beaulac* aura des répercussions fort intéressantes, pour l'interprétation des droits linguistiques enchâssés dans la constitution canadienne, pour l'interprétation des dispositions similaires dans les lois quasi-constitutionnelles telles que la Loi sur les langues officielles du Canada, et aussi pour les décisions déjà prises basées sur une interprétation maintenant rejetée.¹⁰

7. Un exemple de l'impact de *Beaulac* dans le contexte des droits à l'instruction dans la langue de la minorité officielle est *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*.¹¹ Le gouvernement provincial avait rejeté la demande de la commission scolaire francophone qu'une nouvelle école soit établie à Summerside, malgré qu'il y avait un nombre suffisant d'enfants d'ayants droit à Summerside pour le justifier. Le ministre de l'éducation a offert de maintenir un service de transport de ces élèves à l'école francophone dans une communauté voisine. La durée moyenne du voyage en autobus était 57 minutes. Certains de ces parents ayants droit ont donc intenté une action contre le gouvernement, réclamant une déclaration qu'ils avaient droit à une école à

¹⁰ A. Braën, «l'Affaire Beaulac et l'interprétation judiciaire des droits linguistiques au Canada », Faculté de droit, Université d'Ottawa, août 1999.

¹¹ [2000] 1 R.C.S. 3.

Summerside. Une décision favorable en cour de première instance a été renversée par la cour d'appel.

8. La cour suprême a restauré le jugement de première instance. En ce faisant, la cour a fait rappel à son réexamen dans l'arrêt *Beaulac* de l'approche interprétative des droits linguistiques :

Comme notre Cour l'a récemment fait remarquer dans l'arrêt *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.S.C. 768, au par. 24, le fait que les droits linguistiques constitutionnels découlent d'un compromis politique n'est pas une caractéristique attachée uniquement à ces droits et ce fait n'a aucune incidence sur leur portée. Comme d'autres dispositions de la *Charte*, l'art. 23 a un caractère réparateur; voir *Mahe*, précité, à la p. 364. Il est donc important de comprendre le contexte historique et social de la situation à corriger, notamment les raisons pour lesquelles le système d'éducation ne répondait pas aux besoins réels de la minorité linguistique officielle en 1982 et pourquoi il n'y répond peut-être toujours pas aujourd'hui. Il faut clairement tenir compte de l'importance de la langue et de la culture dans le domaine de l'enseignement ainsi que de l'importance des écoles de la minorité linguistique officielle pour le développement de la communauté de langue officielle lorsque l'on examine les mesures prises par le gouvernement pour répondre à la demande de services à Summerside. Comme notre Cour l'a récemment expliqué dans l'arrêt *Beaulac*, au par. 25, «[l]es droits linguistiques doivent dans tous les cas être interprétés en fonction de leur objet, de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue

officielle au Canada» (souligné dans l'original). Une interprétation fondée sur l'objet des droits prévus à l'art. 23 repose sur le véritable objectif de cet article qui est de remédier à des injustices passées et d'assurer à la minorité linguistique officielle un accès égal à un enseignement de grande qualité dans sa propre langue, dans des circonstances qui favoriseront le développement de la communauté.¹² [soulignement ajouté]

Cet extrait démontre vivement comment la nouvelle approche interprétative énoncée dans l'affaire *Beaulac* incite une application généreuse des droits linguistiques.

9. Nous concluons qu'il faut réexaminer toute décision qui s'est appuyé sur le principe énoncé dans *Société des Acadiens*. Par exemple, la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan dans l'affaire *Commission des écoles fransaskoises c. Gouvernement de la Saskatchewan*¹³ a suivi l'approche restreinte du juge Beetz en choisissant comme forme de redressement de seulement énumérer les lacunes dans la loi. Récemment, dans l'affaire *Doucet-Boudreau*¹⁴ la cour d'appel de la Nouvelle Écosse a approuvé une ordonnance douce que le gouvernement provincial prenne ses

¹² *Ibid.* au par. 27.

¹³ [1988] 3 W.W.R. 354 à la page 364.

¹⁴ *Doucet-Boudreau c. Nouvelle Écosse (Ministre de l'Éducation)* (2001), 194 N.S.R. (2d) 323 (N.S. C.A.). La cour suprême du Canada a autorisé un appel de cette décision le 17 janvier 2002, et a pris le jugement en délibéré le 4 octobre 2002.

«meilleurs efforts » pour remédier aux violations de l'article 23 parce que, disait-elle, ceci respectait le fait que les droits linguistiques résultent d'un compromis politique. L'affaire *Beaulac* a maintenant établi les conditions pour une application plus vaste des droits linguistiques.

III. LES PRINCIPES SOUS-JACENTS DE LA CONSTITUTION CANADIENNE

QUE SONT-ILS?

10. La deuxième décision de la cour suprême que nous allons étudier est le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*.¹⁵ Le contexte historique qui a mené à ce renvoi est bien connu et ne sera pas répété ici. Suffisant de dire que le gouvernement canadien a cru sage de faire un renvoi à la cour suprême afin de savoir si la province du Québec pouvait se séparer unilatéralement du reste du Canada.

LA CONSTITUTION CANADIENNE NE CONTIENT PAS UNE PROCÉDURE POUR LA SÉCESSION D'UNE PROVINCE. DONC, LA COUR SUPRÊME A DÛ EXAMINER SI LA STRUCTURE FONDAMENTALE DE LA CONSTITUTION IMPOSE DES LIMITES SUR LE POUVOIR D'UNE PROVINCE DE SE DÉCLARER ÉTAT AUTONOME.

¹⁵ [1998] 2 R.C.S. 217.

11. Avant de répondre aux questions posées, la cour a défini les diverses sources de lois et de règles constitutionnelles qui s'appliquent au Canada. La *Charte*, ainsi que tous les autres textes écrits constitutionnels telle que la *Loi constitutionnelle de 1867*, occupent le premier rang pour la détermination des règles constitutionnelles. Cependant, ces textes ne sont pas exhaustifs. L'ensemble des règles constitutionnelles régissant les pouvoirs constitutionnels inclut aussi des règles non écrites, qui ressortent des textes écrits elles-mêmes, du contexte historique, et des interprétations données par les tribunaux dans la jurisprudence sur la constitution. Par exemple, le principe de l'indépendance de la magistrature est une norme non écrite, reconnue implicitement dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* : *Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*.¹⁶

12. En se fondant sur ces sources, la Cour suprême a discerné quatre principes constitutionnels directeurs fondamentaux (mais la liste n'est pas exhaustive). Ces principes sont : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des minorités.

¹⁶ [1997] 3 R.C.S. 3.

13. Les règles non écrites, que la Cour appelle des « principes sous-jacents », sont fondamentales pour la constitution canadienne :

Bien que ces principes sous-jacents ne soient pas expressément inclus dans la Constitution, en vertu d'une disposition écrite, sauf pour certains par allusion indirecte dans le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867, il serait impossible de concevoir notre structure constitutionnelle sans eux. Ces principes ont dicté des aspects majeurs de l'architecture même de la Constitution et en sont la force vitale.¹⁷

Les sources du quatrième principe sous-jacent, la protection des minorités, sont plusieurs dispositions expresses touchant les droits linguistiques, scolaires et religieux des minorités.

¹⁷ Renvoi relatif à la sécession du Québec, *supra*, à la p. 248.

IV. LA PORTÉE DES PRINCIPES NON ÉCRITS

EST-CE QU'ON PEUT UTILISER LES PRINCIPES NON ÉCRITS POUR ANNULER LES LOIS?

14. La décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Renvoi relatif à la sécession du Québec* soulève plusieurs questions importantes. Notamment, pour fins de cette étude, est la question de savoir comment les tribunaux peuvent employer les principes non écrits de la constitution canadienne. Est-ce que ces principes servent seulement comme guide interprétative des dispositions écrites ou est-ce qu'elles ont une incidence plus large ? La Cour suprême ne présente pas de réponse définitive à cette question, mais sa réponse ouvre des possibilités intrigantes :

Étant donné l'existence de ces principes constitutionnels sous-jacents, de quelle façon notre Cour peut-elle les utiliser ? Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, aux par. 93 et 104, nous avons apporté la réserve que la reconnaissance de ces principes constitutionnels (l'opinion majoritaire parle de «principes structurels» et décrit l'un d'eux, l'indépendance de la magistrature, comme une norme non écrite) n'est pas une invitation à négliger le texte écrit de la Constitution. Bien au contraire, nous avons réaffirmé qu'il existe des raisons impératives d'insister sur la primauté de notre Constitution écrite. Une constitution écrite favorise la certitude et la prévisibilité juridiques, et fournit les fondements et la

pierre de touche du contrôle judiciaire en matière constitutionnelle. Nous avons toutefois signalé dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* avait pour effet d'incorporer par renvoi certains principes constitutionnels, proposition affirmée auparavant par l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, aux pp. 462 et 463. Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, au par. 104, nous avons statué que le préambule «invite les tribunaux à transformer ces principes en prémisses d'une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel».

Des principes constitutionnels sous-jacents peuvent, dans certaines circonstances, donner lieu à des obligations juridiques substantielles (ils ont «plein effet juridique» selon les termes du *Renvoi relatif au rapatriement*, précité, à la p. 845) qui posent des limites substantielles à l'action gouvernementale. Ces principes peuvent donner naissance à des obligations très abstraites et générales, ou à des obligations plus spécifiques et précises. Les principes ne sont pas simplement descriptifs; ils sont aussi investis d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements. «En d'autres termes», comme l'affirme notre Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, «dans les décisions constitutionnelles, la Cour peut tenir compte des postulats non écrits qui constituent le fondement même de la Constitution du Canada» (p. 752). ...¹⁸ [soulignement ajouté]

Les principes non écrits assistent dans l'interprétation des textes écrits et permettent aux tribunaux de combler des lacunes dans ceux-ci. De plus, ces principes peuvent créer des responsabilités substantielles limitant le pouvoir gouvernemental ou imposer des obligations spécifiques. Cependant les tribunaux ne peuvent pas appliquer les règles non écrites en négligeant le texte écrit.

15. Trois recours judiciaires récents démontrent qu'il n'y a aucun consensus sur l'incidence des principes non écrits de la constitution. Dans l'affaire de l'Hôpital Montfort la cour d'appel de l'Ontario a annulé une décision discrétionnaire prise par un organisme créé par une loi provinciale et mandaté pour agir dans l'intérêt du public, parce que cette décision avait négligé le principe sous-jacent de la protection et du respect des minorités : *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration de services de santé)*.¹⁹ La Commission avait décidé de fermer quatre hôpitaux aux environs d'Ottawa, y inclus l'Hôpital Montfort. Lors d'une requête pour contrôle judiciaire, la cour divisionnel de première instance a écarté cette décision parce que la Commission n'avait pas pris en considération l'impact de la fermeture de l'hôpital sur la communauté minoritaire. Cette décision fut affirmée par la cour

¹⁸ *Ibid.* aux par. 53-4.

¹⁹ (2001), 208 D.L.R. (4th) 577 (Ont. C.A.) (ci-après, «l'affaire *Montfort* »).

d'appel. La cour d'appel de l'Ontario a statué que l'Hôpital Montfort était le seul hôpital en Ontario qui pouvait assurer l'accès à une pleine gamme de services en français. C'était aussi le seul hôpital qui offrait une formation des professionnels de santé pour servir la population française. Finalement, l'Hôpital Montfort avait un «rôle institutionnel plus large que la prestation des services de soins de santé. En plus de remplir la fonction pratique supplémentaire de dispenser la formation médicale, le rôle institutionnel plus large de Montfort comprend notamment celui de maintenir la langue française, de transmettre la culture francophone et de favoriser la solidarité au sein de la minorité franco-ontarienne. »²⁰

16. La décision de la cour d'appel de l'Ontario clarifie que les principes structurels non écrits peuvent limiter les actes gouvernementaux. Quand un acteur gouvernemental prend une décision discrétionnaire, il doit s'assurer que cette décision est conforme aux principes non écrits de la constitution, ainsi qu'au texte explicite. Cependant, la cour d'appel a laissé de côté la question de savoir si le principe non écrit de la protection des minorités permette une attaque à la validité d'une loi :

²⁰ *Ibid.* au par. 259.

Dans son mémoire, l'Ontario soutient que le jugement de la Cour divisionnaire a pour effet de reconnaître ou de créer un droit constitutionnel spécifique permettant d'attaquer la validité d'un acte de la législature ou suffisant pour obliger la province à agir d'une manière précise. Nous ne croyons pas que le jugement puisse être interprété de la sorte ou qu'il ait obligatoirement cet effet. La Cour divisionnaire, aux p. 83 et 84, annule les directives de la Commission au motif que, compte tenu du principe constitutionnel du respect et de la protection des minorités, « la Commission n'était pas libre d'exécuter seulement son mandat de "restructuration des services de santé", et de faire fi du rôle institutionnel plus vaste joué par l'Hôpital Montfort en tant que centre vraiment francophone, nécessaire à la progression et à l'amélioration de l'identité franco-ontarienne comme minorité culturelle et linguistique en Ontario et à la protection de cette culture contre l'assimilation ». La Cour divisionnaire, à la p. 68, reconnaît explicitement qu'« il n'est pas question de la validité ou de l'invalidité constitutionnelle d'une disposition législative ». La Cour divisionnaire ajoute : « Il s'agit de déterminer si les actes d'un organisme gouvernemental s'inscrivent dans les paramètres de ce que permet la Constitution [...] [i]l y a une différence entre la validité d'une disposition législative et la possibilité d'un comportement non constitutionnel en application de cette disposition ». Nous sommes d'accord avec la qualification de la question constitutionnelle faite par la Cour divisionnaire.

...

Nous examinerons d'abord la *L.S.F.* et son application aux faits de l'espèce à la lumière des principes d'interprétation applicables aux droits linguistiques et à la lumière du principe constitutionnel de respect et de protection des minorités. Nous verrons ensuite comment

les principes non écrits de la Constitution régissent l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré à des organismes créés par la loi, mandatés pour agir dans l'intérêt du public, et dans quelle mesure ils autorisent la révision judiciaire des décisions de ces organismes.

Comme la conclusion à laquelle nous en arrivons sur ces deux questions suffit à trancher l'appel, il ne nous sera pas nécessaire de répondre à la question plus générale, savoir si le principe constitutionnel fondamental du respect et de la protection des minorités créé un droit constitutionnel spécifique permettant d'attaquer la validité d'un acte de la législature ou suffisant pour obliger la province à agir d'une manière précise.²¹ [soulignement ajouté]

La décision de fermer l'hôpital Montfort a été annulée parce que la Commission n'a pas examiné l'impact de cette décision discrétionnaire sur la minorité.

17. Dans l'arrêt *Charlebois c. Mowat*,²² l'appelant contestait la validité d'une loi municipale et d'un arrêté émis en vertu de cette loi, parce que tous deux ont été publiés et imprimés en anglais seulement. Suivant la direction de la cour suprême dans *Beaulac*, la cour d'appel du Nouveau Brunswick a adopté une interprétation large et libérale du libellé du paragraphe 18(2) de la *Charte*, et a constaté que l'expression, «lois de la Législature » englobe les lois municipales.

²¹ *Ibid.* aux par. 312, 314.

²² (2001), 24 M.P.L.R. (3d) 171 (N.B. C.A.).

18. Certains intervenants dans cette affaire ont fait valoir la thèse que les principes non écrits peuvent donner lieu à des obligations gouvernementales concrètes et à des limites aux actions gouvernementales. Puisque la décision de la cour d'appel est basée finalement sur une interprétation généreuse du paragraphe 18(2), il n'était pas nécessaire d'étudier cette thèse. **Cependant, la cour a nié la proposition des intervenants que les principes sous-jacents établissent des limites réelles à l'action gouvernementale :**

Je crois qu'il est important de préciser l'utilisation que cette Cour entend faire dans le présent appel des principes directeurs énoncés dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, y compris celui du respect des droits des minorités. Certaines des intervenantes qui appuient la thèse défendue par l'appelant de l'invalidité des arrêtés municipaux unilingues de la ville de Moncton ont invoqué le passage de l'arrêt précité (par. 54) qui dit que les « principes constitutionnels sous-jacents peuvent, dans certaines circonstances, donner lieu à des obligations juridiques substantielles (ils ont 'plein effet juridique'...) qui posent des limites substantielles à l'action gouvernementale. Ces principes peuvent donner naissance à des obligations très abstraites et générales, ou à des obligations plus spécifiques et précises. Les principes ne sont pas simplement descriptifs; ils sont aussi investis d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements ». Ces intervenantes ont aussi invoqué l'affaire *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (1999), 181 D.L.R.

(4^e) 263 (C.S.); [2001] O.J. n° 4768 (C.A.), en ligne : QL (OJ) pour soutenir l'argument que les tribunaux doivent au besoin intervenir pour assurer la protection contre l'action gouvernementale qui ne tiendrait pas compte du principe sous-jacent relatif au respect des droits des minorités. Bref, l'inconstitutionnalité est fondée sur la seule prétention que l'action gouvernementale porte atteinte au principe de la protection des minorités.

Dans l'arrêt *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565, au par. 66, la Cour suprême explique que des « principes implicites peuvent et doivent être utilisés pour préciser la Constitution mais ils ne peuvent pas modifier l'idée maîtresse du texte explicite de la Constitution ». À mon sens, cette affirmation confirme le principe souvent réitéré en droit constitutionnel canadien de la primauté du texte écrit constitutionnel qui sert de fondement à la légitimité du contrôle judiciaire exercé par les tribunaux en matière constitutionnelle.

La Cour suprême a expressément reconnu dans le renvoi précité que ces principes sous-jacents de la Constitution peuvent être utilisés pour combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel. En l'espèce, il ressort clairement des arguments de l'appelant et des intervenantes qu'ils invoquent le principe sous-jacent de la protection des minorités énoncé dans le renvoi précité pour préciser l'expression « lois de la Législature » utilisée au par. 18(2) et pour en favoriser une interprétation large et généreuse. Selon ma compréhension de l'effet des déclarations de la Cour suprême relatives à l'utilisation de ces principes, j'estime que l'argument selon lequel ce principe non écrit et sous-jacent peut également servir de fondement, indépendamment de tout texte constitutionnel, à une demande de contrôle judiciaire afin

de faire invalider l'action gouvernementale est peu convainquant. Je crois que la « force normative puissante » dont parle la Cour suprême vise l'interprétation des textes constitutionnels et non la création de droits en dehors des textes constitutionnels. (Voir Robin Elliott, « References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada's Constitution », *La Revue du Barreau canadien*, vol. 80 (mars-juin 2001) 67, aux pp. 117-18 et 141; *Bacon c. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*, [1999] S.J. n° 307, en ligne : QL (SJ); et *Hogan c. Newfoundland (Attorney General)* (2000), 183 D.L.R. (4^e) 225.)²³ [soulignement ajouté]

19. À notre avis, cet aspect de la décision de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick démontre une lecture tronquée du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Rien dans les motifs de la Cour suprême n'indique qu'elle proposait que les principes non écrits servent seulement comme guides à l'interprétation des dispositions écrites de la constitution. Au contraire, ces principes lient les gouvernements et peuvent exiger des responsabilités concrètes :

Des principes constitutionnels sous-jacents peuvent, dans certaines circonstances, donner lieu à des obligations juridiques substantielles (ils ont «plein effet juridique» selon les termes du *Renvoi relatif au rapatriement*, précité, à la p. 845) qui posent des limites substantielles à l'action gouvernementale. Ces principes peuvent donner naissance à des obligations très abstraites et générales, ou à des obligations plus spécifiques et précises. Les

²³ *Ibid.* aux par. 56 à 58.

principes ne sont pas simplement descriptifs; ils sont aussi investis d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements.²⁴

20. Deuxièmement, dans l'affaire *Baie d'Urfé (Ville) c. Québec (Procureur général)*,²⁵ plusieurs villes destinées à être abolies lors d'un réaménagement municipal au Québec ont présenté des recours en injonction permanente pour détourner le fusionnement des villes affectées en deux nouvelles entités, la «Ville de Québec » et la «Ville de Montréal ». Elles ont fait valoir la position que la loi provinciale violait les droits fondamentaux garantis par la *Charte*, les principes non écrits de la constitution, et le paragraphe 16(3) de la *Charte* visant la progression vers l'égalité des deux langues officielles. Les demanderesse craignaient que les amalgamations prévues portent atteinte au niveau de services municipaux disponible en anglais, et s'attaquaient à la déclaration législative, «Montréal est une ville de langue française ». Dans son analyse bref de la proposition que la loi était invalide parce qu'elle ne respectait pas le principe structurel de la protection des minorités, le tribunal a caractérisé ce principe comme «convention constitutionnelle ». Citant la décision de la cour suprême dans le

²⁴ Renvoi relatif à la sécession du Québec, *supra*, au par. 54.

²⁵ (2001), 23 M.P.L.R. (3d) 163 (Qué. C.S.) ; conf. par (2001), 27 M.P.L.R. (3d) 173 (Qué. C.A.) (ci-après «*Baie d'Urfé* »).

Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution,²⁶ le juge a observé que les conventions constitutionnelles ne sont pas administrées par les tribunaux, ne prévoient pas de sanction judiciaire pour leur violation, et sont susceptibles de sanctions politiques seulement.²⁷ Donc, dit le tribunal, le principe non écrit de la protection des minorités ne peut pas restreindre le pouvoir «illimité » des législatures provinciales de légiférer dans leurs champs de compétence, notamment le pouvoir de faire des lois relatives aux institutions municipales conféré par le paragraphe 92(8) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. De plus, la cour n'était pas convaincue que la preuve démontrait «une menace réelle ou présumée » que les services municipaux ne serait pas disponibles en anglais dans la future Ville de Montréal.²⁸

21. Que les principes non écrits de la constitution dont le cour suprême parle dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* sont assimilés à des conventions constitutionnelles n'est pas certain. Dans son jugement la cour observe que la constitution englobe les règles écrites et non écrites et semble indiquer que les règles non écrites peuvent comprendre plus que les conventions

²⁶ [1981] 1 R.C.S. 753.

²⁷ *Baie d'Urfé, supra*, aux paragraphes 106 à 108.

²⁸ *Ibid.* au par. 191.

constitutionnelles – par exemple, elles peuvent ressortir du texte constitutionnel et de la jurisprudence :

La Constitution «comprend des règles non écrites -- et écrites --», comme nous l'avons souligné récemment dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, au par. 92. Enfin, selon le *Renvoi relatif au rapatriement*, précité, à la p. 874, la Constitution du Canada comprend

le système global des règles et principes qui régissent la répartition ou l'exercice des pouvoirs constitutionnels dans l'ensemble et dans chaque partie de l'État canadien.

Ces règles et principes de base, qui comprennent les conventions constitutionnelles et les rouages du Parlement, font nécessairement partie de notre Constitution, parce qu'il peut survenir des problèmes ou des situations qui ne sont pas expressément prévus dans le texte de la Constitution. Pour résister au passage du temps, une constitution doit comporter un ensemble complet de règles et de principes offrant un cadre juridique exhaustif pour notre système de gouvernement. Ces règles et principes ressortent de la compréhension du texte constitutionnel lui-même, de son contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle.²⁹

22. En tout cas, il est évident que les décisions dans les affaires *Charlebois* et *Baie d'Urfé* ne seront pas les derniers mots sur le

²⁹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra*, au par. 32.

sujet de l'invalidité des lois qui contreviennent les principes non écrits de la constitution. Nous voyons dans les motifs de l'honorable juge Beetz dans l'affaire *SEFPO c. Ontario (Procureur Général)*³⁰ le fondement d'une thèse que les principes non écrits de la constitution peuvent rendre nulles et sans effets des lois qui y sont en conflit. La question en litige dans ce recueil était de savoir si certaines dispositions d'une loi provinciale interdisant la participation des fonctionnaires publics dans certaines activités électorales portaient atteinte à la compétence fédérale exclusive. Les motifs du juge Beetz touchent un argument fondé sur les droits fondamentaux non écrits de la constitution :

Le meilleur argument des appelants est peut-être celui fondé sur l'existence, au Canada, de droits fondamentaux de participer à certaines activités politiques. À l'appui de cet argument, ils ont invoqué des arrêts comme *Reference re Alberta Statutes* et *Switzman v. Elbling*, précités.

Dans mon esprit, il ne fait aucun doute que la structure fondamentale de notre Constitution établie par la *Loi constitutionnelle de 1867* envisage l'existence de certaines institutions politiques dont des corps législatifs librement élus aux niveaux fédéral et provincial. Pour reprendre les termes du juge en chef Duff dans *Reference re Alberta Statutes*, à la p. 133, [TRADUCTION] "l'efficacité de ces institutions découle de la libre discussion publique des affaires..." et, selon le juge Abbott dans *Switzman v.*

³⁰ [1987] 2 R.C.S. 2.

Elbling, à la p. 328, ni une législature provinciale ni le Parlement lui-même ne peuvent [TRADUCTION] "abroger ce droit de discussion et de débat". De manière plus générale, je conclus que ni le Parlement ni les législatures provinciales ne peuvent légiférer de façon à porter atteinte sensiblement au fonctionnement de cette structure constitutionnelle fondamentale. Dans l'ensemble, cependant, je suis porté à croire que la mesure législative attaquée se rapporte essentiellement à la constitution de la province et à la réglementation de la fonction publique provinciale, et qu'elle ne touche aux élections fédérales et provinciales que d'une manière accessoire.

Je devrais peut-être ajouter qu'à l'avenir on sera normalement appelé à examiner des questions comme la dernière, en fonction des droits politiques garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* qui, il va sans dire, accorde à ces droits et libertés une protection plus large que celle commandée par les exigences structurelles de la Constitution. Toutefois, il reste qu'il est vrai que, indépendamment des considérations fondées sur la Charte, les corps législatifs dans notre pays doivent se conformer à ces impératifs structurels fondamentaux et qu'ils ne doivent en aucun cas y passer outre. La présente mesure législative ne va pas jusqu'à porter atteinte à la structure fondamentale des institutions parlementaires libres.³¹ [soulignement ajouté]

Cet extrait contient le noyau d'un argument que les tribunaux peuvent déclarer nulles et sans effet des lois qui ne se conforment pas aux principes fondamentaux de la constitution canadienne,

³¹ *Ibid.* aux par. 150-2.

même si ces principes ne sont pas enchâssés expressément. C'est une proposition qui reçoit un appui aussi, semble-t-il, dans l'arrêt, *Manitoba Provincial Court Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*.³²

³² [1997] 3 R.C.S. 3.

V. LE PRINCIPE DE LA PROTECTION DES MINORITÉS ET LE PARAGRAPHE 16(3) DE LA CHARTE

EST-CE QUE LE PAR. 16(3) INTERDIT L'ADOPTION D'UNE LOI AYANT L'EFFET DE DIMINUER LE STATUT D'UNE DES LANGUES OFFICIELLES?

23. Les jugements récents dans les affaires *Beaulac* et le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* pourront aussi avoir des retombées intéressantes quant à l'interprétation du paragraphe 16(3) de la *Charte*. Cette disposition lit :

16(3) La présente *Charte* ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais.

24. Étudions premièrement certains aspects pertinents du raisonnement de la cour suprême dans l'arrêt *Société des Acadiens*. Pour la majorité le juge Beetz a énoncé la fameuse proposition que les droits linguistiques enchâssés dans la *Charte* doivent être interprétés d'une manière restreinte puisqu'ils sont issus d'un compromis politique. Il observe que le principe de la progression vers l'égalité, retrouvé dans le paragraphe 16(3), est lié au Parlement et aux législatures et constate que le processus législatif

est mieux situé que les processus judiciaires pour assurer la progression des droits linguistiques, à cause de leur genèse dans les compromis politiques. Finalement, le juge rejette la possibilité que les articles 16 à 22 puissent mener à une évolution des obligations des gouvernements:

Si toutefois on disait aux provinces que le régime créé par les art. 16 à 22 de la *Charte* est dynamique et progressif en soi, indépendamment de toute législation et de toute modification de la Constitution, et qu'il appartient surtout aux tribunaux de régler le rythme d'évolution de ce régime, elles se trouveraient alors dans l'impossibilité de savoir avec une exactitude relative ce à quoi elles adhèrent. Pareille situation les rendrait assurément plus réticentes à adhérer et irait à l'encontre du principe de progression énoncé au par. 16(3).

Selon moi, l'art. 16 de la *Charte* confirme la règle selon laquelle les tribunaux doivent faire preuve de retenue dans leur interprétation des dispositions relatives aux droits linguistiques.³³

25. Les juges dissidents, le juge en chef Dickson et le juge Wilson, n'interprètent pas le paragraphe 16(3) et les autres garanties linguistiques avec ce même retenu. Le juge en chef Dickson, par exemple, préconise une interprétation généreuse de ces droits:

³³ *Société des Acadiens, supra*, à la p. 580.

Dans le cadre de notre étude de la *Charte*, il vaut la peine de remarquer que, à la différence de l'art. 133, les dispositions en question ne s'arrêtent pas à un énoncé de principes généraux, mais prévoient des modalités précises pour la réalisation de l'égalité de statut des langues. En effet, le par. 16(3) prévoit expressément l'adoption de mesures législatives permettant de favoriser la progression vers l'égalité de statut des deux langues officielles. Sans aucun doute, le fait qu'il doit y avoir égalité de statut de ces deux langues (par. 16(1) et (2)) milite en faveur d'une application généreuse de ces mesures et de la *Charte* elle-même afin que cet objectif puisse être atteint.³⁴

26. Madame le juge **Wilson** énonce expressément que les tribunaux peuvent trancher la compatibilité des lois avec le paragraphe 16(3) :

... Toutefois, il ressort clairement du par. 16(3) que ces conséquences représentent le but visé plutôt que la réalité actuelle; il s'agit de quelque chose dont le Parlement et les législatures doivent "favoriser la progression". Cela semblerait conforme à l'esprit de l'arrêt *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182, savoir que les législatures ne peuvent déroger à des droits déjà accordés, mais elles peuvent en étendre la portée. À condition que la législation "favorise la progression" vers l'égalité de statut des deux langues officielles, les cours n'y toucheront pas; dans l'hypothèse contraire, elle ne résistera pas à l'examen judiciaire. J'estime toutefois qu'aucun droit à un redressement ne

³⁴ *Ibid.* à la p. 565.

découle inévitablement du fait que le but n'ait pas encore été atteint à un moment donné. J'abonde dans le sens de ceux qui voient dans l'art. 16 un principe de croissance ou de développement, une progression vers un objectif ultime. La question, selon moi, sera donc toujours de savoir où nous en sommes présentement dans notre cheminement vers le bilinguisme et si la conduite attaquée peut être considérée comme appropriée à ce stade de l'évolution. Dans l'affirmative, même si la conduite en question ne reflète pas la pleine égalité de statut et l'égalité quant aux droits à l'usage des langues officielles, elle ne sera pas contraire à l'esprit de l'art. 16.³⁵
[soulignement ajouté]

Selon le juge Wilson, les lois qui ajoutent à l'égalité du statut actuel des deux langues officielles ne sont pas susceptibles à l'attaque, même si le résultat n'est pas l'égalité parfaite ou absolue. Cependant, des lois qui représentent un recul – qui défavorisent la progression vers l'égalité – seraient assujetties à la révision constitutionnelle en vertu du paragraphe 16(3).

27. Il est rarement utile de s'attarder sur les motifs des juges dissidents, surtout sur des points catégoriquement rejetés par la majorité. Cependant, les conclusions du juge Beetz dans *Société des Acadiens* au sujet de l'incidence des droits linguistiques enchâssés dans la *Charte* sont fondées sur sa prémisse que ces

³⁵ *Ibid.* à la p. 619.

droits doivent être interprétés avec retenue. Puisque la prémisse a été écartée définitivement dans l'arrêt *Beaulac*, il faut maintenant réexaminer toutes les conclusions qui en découlent.

28. Le Commissaire aux langues officielles du Canada a mis de l'avant un argument basé sur une interprétation généreuse du paragraphe 16(3) de la *Charte* dans deux causes récentes, *Montfort* et *Baie d'Urfé*. Les résultats n'étaient pas encourageants. Dans l'affaire *Baie d'Urfé*, le Commissaire a soutenu qu'une modification à la loi «amoindrirait les droits de la minorité anglophone du Québec, en ce que moins de personnes pourront se classer comme citoyens de langue maternelle anglaise que celles utilisant l'anglais comme langue parlée, »³⁶ contrairement au paragraphe 16(3) de la *Charte*. Par contre, le juge de première instance a rejeté complètement la possibilité que le paragraphe 16(3) confère des droits linguistiques et pourrait invalider une loi. La cour d'appel n'a pas tranché directement cette question, parce qu'elle a conclu que sur les faits il n'y avait aucune preuve que les services municipaux bilingues seraient amoindris à cause du fusionnement des municipalités.

³⁶ *Baie d'Urfé*, *supra*, au par. 138.

29. La Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Montfort* a aussi rejeté le principe d'« encliquetage » préconisé par la Commissaire aux langues, qui dit que les législatures peuvent toujours ajouter au niveau de services offertes dans les deux langues officielles, mais elles ne peuvent jamais y soustraire :

Nous ne sommes pas convaincus que le par. 16(3) comprend un principe d'« encliquetage », qui conférerait une protection constitutionnelle aux mesures prises pour faire progresser l'égalité linguistique. Le paragraphe 16(3) repose sur le principe établi dans *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182, selon lequel la Constitution garantit un « plancher » et non un « plafond » ; il traduit l'aspiration d'une recherche de l'égalité concrète. Cette aspiration exprimée par le par. 16(3) revêt de l'importance pour interpréter la loi. Il nous semble cependant indéniable que l'effet de cette disposition est de *protéger*, et non pas de *constitutionnaliser*, les mesures prises pour faire avancer l'égalité linguistique. La portée juridique effective du par. 16(3) en est déterminée et limitée par les premiers mots : « La présente *Charte* ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures ». Le paragraphe 16(3) n'est pas attributif de droit. Il s'agit plutôt d'une disposition destinée à prévenir toute contestation d'une action gouvernementale qui sinon contreviendrait à l'art. 15 ou outrepasserait les pouvoirs législatifs d'un palier de gouvernement. Voir André Tremblay et Michel Bastarache, « Les droits linguistiques », dans Gérald-A. Beaudoin et Ed Ratushny, dirs., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd. (1989), à la p. 746 :

Par cette disposition, on a vraisemblablement voulu s'assurer que le pouvoir de privilégier le français et l'anglais dans la législation ne puisse être contesté en vertu des normes anti-discriminatoires contenues à l'article 15 de la *Charte*. Le paragraphe 16(3) pourrait ainsi prévenir l'invalidation de mesures d'accès à l'égalité des langues officielles.³⁷

30. Il est incontestable que le paragraphe 16(3) cherche à protéger les actes gouvernementaux qui favorisent la progression vers l'égalité des deux langues officielles. Mais si le constituant n'avait que cela en tête, pourquoi inclure les mots, «la progression vers » dans le libellé du paragraphe 16(3) ? Ce concept de la «progression » suggère des mesures législatives unidirectionnelles, celles qui favorisent l'égalité des langues officielles, et non celles qui les défavorisent. De plus, si on prend sérieusement le commentaire dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* que les principes non écrits de la constitution peuvent assister à l'interprétation du texte constitutionnel, il est raisonnable de conclure que la meilleure conception du paragraphe 16(3) est celle qui respecte le plus le principe de la protection des minorités. Inévitablement, l'interprétation juste du paragraphe 16(3) qui reflète son objet est une question que la cour suprême devra sans doute reconsidérer éventuellement.

³⁷ *Montfort, supra*, au par. 280.

31. Nous étudions maintenant le contexte des droits linguistiques en Saskatchewan.

VI. L'ARTICLE 110 ET L'AFFAIRE DU PÈRE MERCURE

32. Pour deux mois en 1988 il était établi que la Saskatchewan était officiellement une province bilingue comme le Manitoba. Dans l'arrêt *R. c. Mercure*,³⁸ la Cour suprême (*per* LaForest) a constaté que la Saskatchewan était une province bilingue en vertu de l'article 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* de 1886.³⁹

Cette disposition lit comme suit :

110. Toute personne pourra faire usage soit de la langue anglaise, soit de la langue française, dans les débats de l'Assemblée législative des territoires, ainsi que dans les procédures devant les cours de justice ; et ces deux langues seront employées pour la rédaction des procès-verbaux et journaux de l'Assemblée; et toutes les ordonnances rendues sous l'empire du présent acte seront imprimées dans ces deux langues; néanmoins, après la prochaine élection générale de l'Assemblée législative, cette Assemblée pourra, par ordonnance ou autrement, régler ses délibérations et la manière d'en tenir procès-verbal et de les publier; et les règlements ainsi faits seront incorporés dans une proclamation qui sera immédiatement promulguée et publiée par le lieutenant-gouverneur en conformité de la loi, et ils auront ensuite plein effet et vigueur.

³⁸ [1988] 1 R.C.S. 234 (ci-après, «mercure »).

³⁹ S.R.C. 1886, chap. 50, art. 110.

33. En créant la province de la Saskatchewan en 1905, le Parlement a prévu que les lois préexistantes continuent en vigueur sauf si elles dérogeaient à la *Loi sur la Saskatchewan*⁴⁰ où si cette loi contenait des dispositions destinées à substituer ces lois préexistantes.⁴¹ L'article 110 n'avait jamais été abrogé, expressément ou implicitement, ou substituer par une autre loi. Donc, il demeurait toujours en vigueur en Saskatchewan.

34. La conclusion de la Cour suprême est basée sur plusieurs principes. Premièrement, les lois ne doivent pas être interprétées comme portant atteinte aux droits acquis sans que cette intention soit déclarée expressément ou par déduction nécessaire.⁴² Deuxièmement, les lois portant sur les droits de la personne ont un caractère quasi constitutionnel et ne peuvent être abrogées sans une «déclaration législative claire.»⁴³ L'article 110 contenaient des droits ou de garanties linguistiques, qui sont un genre de droits de la personne. De plus, l'article 110 est conforme au «principe de l'avancement ou de progression vers l'égalité de statut ou d'usage

⁴⁰ S.C. 1905, chap. 42.

⁴¹ *Ibid.*, art. 16.

⁴² *Mercure, supra*, aux pp. 265-6.

⁴³ *Ibid.*, à la p. 267.

des deux langues officielles »⁴⁴ et, pour ce, doit être respecté par les tribunaux.

35. Les droits linguistiques accordés par l'article 110 étaient essentiellement identiques au fond aux droits enchâssés dans l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui s'applique au Parlement, à l'Assemblée législative du Québec, et aux tribunaux du Canada et du Québec; l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*;⁴⁵ et les articles 16 à 18 de la *Charte*. Donc, toutes les lois de la Saskatchewan devaient être adoptées, imprimées et publiées en français et en anglais. Puisque lesdites lois n'avaient pas été adoptées conformément à cette obligation, elles étaient toutes invalides. De plus, un accusé avait le droit de s'exprimer en français ou en anglais devant les tribunaux de la Saskatchewan, et d'avoir ses paroles consignées dans la langue d'origine si les procédures devaient être consignées.

36. Cependant, la cour suprême a conclu que l'article 110 n'était pas enchâssé dans la *Loi sur la Saskatchewan* et pouvait être abrogé par une simple loi de l'Assemblée législative de la province. L'article 14 et le paragraphe 16(1) de la *Loi sur la*

⁴⁴ *Société des Acadiens, supra*, à la p. 579 ; extrait cité dans *Mercure, supra*, à la p. 270.

⁴⁵ S.C. 1870, chap. 3.

Saskatchewan prévoyait que les lois préexistantes qui avaient été continuées par cette loi pouvaient être abrogées par la Législature. Cet état d'affaires différait de la situation au Manitoba, où les garanties linguistiques faisait partie expressément de la loi constitutive du Manitoba.⁴⁶ La différence essentielle entre l'article 23 et l'article 110 était que le premier ne pouvait être abrogé sans se conformer à la formule d'amendement prescrite à l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui nécessite des résolutions du Parlement et de l'assemblée législative de la province.

37. Pour éviter un vide législatif qui résulterait de sa décision, la cour suprême a adopté la solution dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, de déclarer invalide les lois de la Saskatchewan puisqu'elles n'avaient pas été adoptées en français, mais de suspendre l'effet de cette déclaration pendant la période minime nécessaire pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier en français. (Cette déclaration temporaire de validité est un autre exemple de l'invocation par le tribunal d'un principe non écrit, celui de la primauté du droit.) Cependant, la Cour a aussi indiqué que l'Assemblée législative de la Saskatchewan pourrait adopter une simple loi bilingue pour

⁴⁶ *Ibid.*, art. 23.

abroger l'article 110 et affirmer la validité des lois unilingues existantes de la province.⁴⁷

⁴⁷ Il est important de souligner que cet aspect du jugement de la cour suprême, qui exprime la façon dont la province pourrait se soustraire de la portée de l'article 110 est *obiter dictum* – c'est une remarque incidente et non un élément essentiel de la décision de la cour suprême, et aucune partie n'avait présenté des arguments sur ce point. La constitutionnalité des mesures prises par le gouvernement de la Saskatchewan est une question qui demeure à être répondu. Si les motifs dissidents du juge en chef Dickson ou du juge Wilson dans l'arrêt *Société des Acadiens* avaient été acceptés par la majorité, peut-être que les parties auraient songé à présenter des arguments sur l'invalidité de toute diminution du statut du français en Saskatchewan.

VII. LA RÉPONSE LÉGISLATIVE : LA *LOI LINGUISTIQUE DE LA SASKATCHEWAN*

38. Le gouvernement de la Saskatchewan n'a pas tardé longtemps pour conformer le statut *de jure* unilingue des institutions de la province à leur réalité unilingue. Le 26 avril 1988, deux mois après la décision de la Cour suprême dans l'affaire du Père Mercure, la *Loi linguistique*⁴⁸ est entrée en vigueur en Saskatchewan. Cette loi abroge l'application de l'article 110 en Saskatchewan :

13 L'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*, chapitre 50 des lois révisées du Canada (1886), en sa version du 1er septembre 1905, ne s'applique pas à la Saskatchewan pour ce qui est des matières relevant de la compétence législative de celle-ci.

39. La *Loi linguistique* déclare la validité des lois de la Saskatchewan, en dépit du fait qu'elles ont été adoptées, imprimées et publiées uniquement en anglais :

3(1) Il est déclaré que les lois, règlements et ordonnances édictés antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi sont tous valides, qu'ils aient fait ou non l'objet d'une proclamation de mise en vigueur et indépendamment du fait qu'ils ont été édictés, imprimés et publiés en anglais seulement.

⁴⁸ L.R.S. 1988-89, ch. L-6.1.

La loi déclare que les lois et règlements peuvent être adoptés en anglais seulement, ou en anglais et en français : article 4.

40. La loi prescrit lesquels des tribunaux et autorités administratives dont les personnes ont le droit d'employer le français :

11(1) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais devant les tribunaux suivants de la Saskatchewan :

- a) la cour d'appel;
- b) la cour provinciale;
- c) la cour du banc de la Reine;
- d) Abrogé. 2001, ch.9, art.12.
- e) le tribunal de la sécurité routière;
- f) Abrogé. 2001, ch.9, art.12.

Le paragraphe 11(4) déclare la validité des règles des tribunaux et des autorités administratives établies et imprimées en anglais seulement. Cependant, le paragraphe 11(5) dicte que les règles des tribunaux devraient être imprimées et publiées en français et en anglais pour le 1er janvier 1994.

41. Finalement, la *Loi linguistique* déclare la validité des comptes rendus et archives de la Législature publiée uniquement en anglais, et qu'elles pouvaient dorénavant être établies, imprimées, et publiées en anglais. Cependant, la loi affirme que toute personne a le droit de s'exprimer en français ou en anglais dans les débats de l'Assemblée : L'article 12.

42. Avec l'entrée en vigueur de la *Loi linguistique*, la Saskatchewan a été transformée de province officiellement bilingue en province où un bilinguisme tronqué dépend sur les actes volontiers de l'Assemblée.

VIII. EST-CE QU'UN TRIBUNAL POURRAIT DÉCLARER INOPÉRANTE UNE LOI QUI EST INCOMPATIBLE AVEC UN PRINCIPE NON ÉCRIT DE LA CONSTITUTION ?

43. Comme nous avons discuté plus haut, il n'est pas claire si les tribunaux peuvent déclarer nulles et sans effet les lois qui vont à l'encontre des principes non écrits de la constitution. Certains extraits des jugements de la Cour suprême laissent croire que la révision judiciaire des lois comprend l'invalidation des lois qui contreviennent à la structure fondamentale de la constitution : *SEFPO c. Ontario (Procureur Général)*, précité, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité. Certains jugements des cours d'appel rejettent cette possibilité : *Charlebois c. Mowat*, précité, et *Baie d'Urfé* ; tandis que la cour d'appel de l'Ontario a désisté de se prononcer sur ce point dans l'affaire *Montfort* mais a statué en tout cas que les principes non écrits circonscrivent les actes des gouvernements. Si le principe non écrit en considération est une convention constitutionnelle, les tribunaux désisteront de le faire respecter.⁴⁹ Par contre, les tribunaux ont élaboré des principes et doctrines juridiques dans plusieurs instances qui avait «un plein

⁴⁹ *Renvoi : résolution pour modifier la constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 aux pages 876-884.

effet juridique, c'est-à-dire qu'on les a utilisés pour faire annuler des textes de loi. »⁵⁰

44. Une autre source d'appui pour la notion que la révision judiciaire est permise pour le non respect des principes non écrits de la constitution est l'article 52 de la *Charte*. Cette disposition lit :

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

(2) La Constitution du Canada comprend :

- a) la Loi de 1982 sur le Canada, y compris la présente loi;
- b) les textes législatifs et les décrets figurant à l'annexe;
- c) les modifications des textes législatifs et des décrets mentionnés aux alinéas a) ou b).

(3) La Constitution du Canada ne peut être modifiée que conformément aux pouvoirs conférés par elle.

Le paragraphe 52(1) «autorise explicitement le contrôle de la constitutionnalité des lois. »⁵¹ Donc, les tribunaux ont le pouvoir (d'ailleurs reconnu et exercé avant 1982 sans une disposition expresse telle que l'article 52) d'invalider des lois qui sont

⁵⁰ *Ibid.* à la p. 845, et voir les exemples cités par la cour suprême aux pages 841-4.

⁵¹ G.-A. Beaudoin, *Les droits et libertés au Canada*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2000, à la page 92.

incompatibles avec la constitution canadienne. De plus, le paragraphe 52(2), qui définit la constitution du Canada, comprend non seulement les instruments écrits mais aussi les règles non écrites de la constitution. Le mot, «comprend », dans le texte du paragraphe 52(2) indique que la liste expresse des documents qui font partie de la constitution canadienne n'est pas exclusive. Le paragraphe 52(2) «comprend » aussi les règles non écrites de la constitution: *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*;⁵² *Provincial Court Judges Assn. (Manitoba) c. Manitoba (Ministre de la Justice)*, précité; et le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité. Il s'ensuit qu'un tribunal pourrait déclarer inopérante une disposition législative incompatible avec une règle non écrite de la constitution.⁵³

45. Par contre, plusieurs jugements et articles publiés résistent cette conclusion.⁵⁴ Leur opposition est basée sur la primauté du texte constitutionnel écrit. Si les tribunaux déclarent que certaines

⁵² [1993] 1 R.C.S. 319.

⁵³ Il existe une grande divergence d'opinion sur cette question. Sur un côté du débat, on trouve la décision dans l'affaire *Charlebois c. Mowat*, qui semble catégoriser toute règle non écrite de la constitution comme convention, sans effet juridique. Robin Elliott différencie entre les principes qui comblent les lacunes dans le texte écrit, ceux qui ressortent nécessairement du texte écrit de la constitution, et ceux qui sont utiles pour expliquer la présence de certaines dispositions écrites. Le principe de la protection des minorités est, selon Elliott, un de ces derniers et n'a aucune force juridique en soi : R. Elliott, « References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada's Constitution, » (2001) 80 R. du B. can. 67.

⁵⁴ Par exemple, voir R. Elliott, *ibid.*, et l'affaire *Baie d'Urfé*.

lois sont invalides parce qu'elles contreviennent à des règles de la constitution déclarées par la cour, ceci mènera à l'érosion de la légitimité du contrôle judiciaire des lois pour la constitutionnalité. Le problème est accentué puisque ces principes sous-jacents sont énoncés dans des termes très vastes.

46. À notre avis, il est impossible de conclure catégoriquement que les principes non écrits ne permettent jamais un tribunal de déclarer l'invalidité d'un acte de la législature ou de conclure qu'un gouvernement est obligé à agir d'une manière précise. Si on peut démontrer l'existence d'une lacune dans le texte écrit qui peut être comblé par l'application d'une règle non écrite, cette application ne devra pas porter à un activisme judiciaire illimité ou illégitime.

IX. EST-CE QUE L'ADOPTION DE LA *LOI LINGUISTIQUE* A VIOLÉ LE PRINCIPE DE LA PROTECTION DES MINORITES ?

47. En 1988, quand la cour suprême a rendu sa décision dans l'affaire *Mercure*, elle a clairement indiqué que la Saskatchewan pourrait annuler son jugement par le moyen d'une loi bilingue. La cour n'a pas statué sur la question et, pour des raisons bien évidentes, l'appelant n'a pas fait valoir l'argument qu'un principe non écrit de la constitution imposait des limites sur le pouvoir législatif d'abroger l'article 110. Cependant, puisque la constitution canadienne est une «arbre vivante, » un argument fondée sur une branche imprévue en 1988 pourrait nous permettre de contester aujourd'hui une loi adoptée en 1988 suivant le processus suggéré par la cour suprême dans l'affaire *Mercure*.

48. Dans l'affaire *Montfort*, la Cour d'appel de l'Ontario a pris en considération l'importance de l'hôpital comme institution pour la survie de la langue et la culture de la communauté franco-ontarienne. Elle a aussi considéré le poids, la valeur et l'effet du principe sous-jacent de la protection et respect des minorités. Nous proposons d'évaluer l'importance de l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest* pour la communauté fransaskoise de la même manière.

49. Dans l'affaire *Montfort* la Cour d'appel a reconnu que les principes non écrits identifiés par la Cour suprême ont une force normative et ne sont pas descriptifs seulement. Ces principes peuvent donner lieu à la révision judiciaire, en l'absence d'un droit constitutionnel écrit :

En l'espèce, aucune garantie constitutionnelle écrite ne joue, mais la situation implique de lourdes conséquences pour la minorité franco-ontarienne, au point de faire intervenir le principe constitutionnel de respect et de protection des minorités.⁵⁵

50. Quant à l'application du principe du respect et de la protection des minorités, il faut tenir compte de l'importance des minorités francophones, de leur langue et culture, qui font partie d'une des collectivités fondatrices du Canada. Le français est une des deux langues officielles reconnues dans des dispositions précises de la *Charte* et par des lois quasi-constitutionnelles telle que la Loi sur les langues officielles. Donc, la minorité linguistique occupe une place privilégiée dans la société canadienne et sa protection est particulièrement importante.

⁵⁵ *Montfort*, *supra*, au par. 361.

51. En Saskatchewan, on ne peut ignorer le fait que le français «a effectivement cessé d’être utilisé dans les débats, les lois et les procédures devant les tribunaux en 1892. »⁵⁶ Toutes les lois de la Saskatchewan, dès sa création en 1905 jusqu’à 1988, avaient été adoptées, publiées et imprimées en anglais seulement. Donc, l’abrogation de l’article 110 en 1988 et la reconnaissance du statut juridique de la Saskatchewan comme province effectivement unilingue ont, vues d’une certaine perspective, simplement restauré le statut quo. C’est une différence factuelle évidente avec la situation en Ontario, où une institution existante était menacée.

52. Il est maintenant impossible de savoir comment le non respect de l’article 110 pendant un siècle a nuit à la vitalité de la langue et la culture française en Saskatchewan. Il en est d’autant quant à la décision du gouvernement de la Saskatchewan d’abroger l’article 110. Cependant nous pouvons conclure que la communauté elle-même a vu l’affirmation du statut bilingue de la province comme étant très important, puisque l’Association culturelle franco-canadienne de la Saskatchewan a demandé le statut d’intervenant pour assurer que l’appel continu après le décès du Père Mercure. La reconnaissance de l’égalité de l’anglais et du français en Saskatchewan aurait agi comme une ancre pour une

⁵⁶ *Mercure, supra*, à la p. 255.

minorité vulnérable faisant face à la pression de l'assimilation. Le symbolisme d'un statut égal – le sens de dignité et de respect que ceci engendre – aurait donné un appui à la communauté qui est difficile à mesurer mais qui est à notre avis significatif. L'article 110 assurait le bilinguisme de trois éléments clés dans toute société démocratique : la législature, les lois, et les tribunaux.

53. À part des retombées moins tangibles, si la conclusion de la cour suprême que les lois devaient être bilingues et la reconnaissance que les justiciables pouvaient comparaître devant les tribunaux en français avait été acceptée, la conséquence aurait certainement été un accès à la justice amélioré pour la minorité linguistique. Il est beaucoup plus facile pour les avocats d'offrir leurs services en français, et pour la communauté de les revendiquer, quand toutes les lois, les règlements et les règles de la cour sont disponibles en français. Il est probable que le gouvernement aura dû adopter une politique et embaucher des fonctionnaires bilingues pour rencontrer les exigences de l'article 110.

54. Nous n'avons pas essayé d'énumérer toutes les retombées possibles si le statut bilingue de la province avait été accepté par le gouvernement. **Tout comme l'article 23 de la Charte a donné un**

nouveau souffle aux minorités linguistiques officielles, le respect de l'article 110 aurait protégé et créé des conditions favorables pour l'épanouissement de la communauté francophone en Saskatchewan. Il serait intéressant de faire une comparaison entre la situation en Saskatchewan avec le progrès qu'a fait la minorité linguistique manitobaine depuis la décision de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*.

55. S'il est difficile de juger l'importance réelle du statut bilingue de la province pour la minorité fransaskoise, c'est à cause du fait que, pour environ un siècle, la province a nié les exigences de l'article 110, et que depuis 1988 elle a abrogé cet article. La minorité francophone n'a jamais pu jouir des avantages de vivre dans une province bilingue en fait et en droit. Mais, comme la Cour suprême a remarqué dans l'affaire *Mercurie*, «je ne crois pas qu'il soit particulièrement intéressant de plaider devant une cour de justice qu'une majorité peut détruire les droits de la minorité simplement en agissant à l'encontre de ces droits.»⁵⁷

56. Ce qui nous paraît évident, par contre, c'est que l'adoption par l'Assemblée législative de la *Loi linguistique* et l'abrogation de l'article 110 dans les champs de compétence provinciale vont à

⁵⁷ *Mercurie* à la p. 255.

l'encontre du principe de respect et de la protection des minorités. Ce principe découle des dispositions écrites dans la constitution canadienne concernant les droits religieux, linguistiques et scolaires de la minorité.⁵⁸

⁵⁸ *Renvoi relatif à la sécession du Québec, supra*, au par. 79-82.

X. LA LOI LINGUISTIQUE ET LA PROGRESSION VERS L'ÉGALITÉ

57. Puisqu'elle a abrogé le statut officiellement bilingue de la Saskatchewan et a mis en place un régime de bilinguisme volontaire, la *Loi linguistique* était un grand recul pour le statut d'égalité des deux langues officielles du Canada en Saskatchewan. La traduction des lois provinciales se fait maintenant, pour transposer les mots du juge Bastarache, «comme une sorte de réponse à une demande d'accommodement,»⁵⁹ et non pour respecter les exigences constitutionnelles. La *Loi linguistique* limite le nombre de tribunaux et autorités administratives devant lesquels les personnes ont le droit de s'exprimer en français. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la cour suprême a observé que les droits linguistiques en particuliers sont fondés sur le rôle essentiel que joue la langue dans l'existence, la croissance et la dignité de la personne. L'abrogation de l'article 110 était donc un affrontement à la dignité, la croissance et peut être l'existence même de la communauté francophone en Saskatchewan.

58. Nous voyons donc dans le développement de la thèse que la progression vers l'égalité visée dans le paragraphe 16(3) est

unidirectionnel et que ce paragraphe est attributif de droit, un argument que l'adoption de la *Loi linguistique* était inconstitutionnel. Il faudra voir si les retombées de *Beaulac* et du *Renvoi relatif à la sécession du Québec* vont si loin. C'est la cour suprême du Canada qui devra statuer sur cet aspect de la mise à l'écart de l'approche restrictive aux droits linguistiques favorisée par la majorité dans *Société des Acadiens*.

⁵⁹ *Beaulac*, *supra*, au par. 24.

XI. CONCLUSION

59. Dans cette étude nous avons examiner plusieurs développements récents de la jurisprudence sur les droits linguistiques. Les décisions de la cour suprême du Canada dans l'affaire *Beaulac* et le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* nécessitent un réexamen des décisions des tribunaux et des actes gouvernementaux fondées sur une interprétation limitée des droits linguistiques. Il est maintenant raisonnable de proposer que le paragraphe 16(3) de la *Charte* a une portée plus large que de simplement protéger les mesures prises par le Parlement et les législatures provinciales qui favorisent la progression du statut d'égalité de l'anglais et du français contre des accusations de discrimination. Une interprétation large et libérale accorde au concept de la progression vers l'égalité un impact substantif – un bouclier contre des actes gouvernementaux qui défavorisent les minorités officielles. Cette interprétation s'accorde bien avec un des grands principes structurels de la constitution canadienne : la protection des minorités.

60. Depuis 1982 un des actes gouvernementaux le plus désavantageux pour une communauté minoritaire au Canada était l'abrogation du statut bilingue de la province de la Saskatchewan. Cette décision est incompatible avec l'interprétation généreuse du

paragraphe 16(3) et du principe constitutionnel de la protection des minorités qui découle de la jurisprudence récente de la cour suprême relative aux droits linguistiques.