

## **Les principes directeurs non écrits : leur utilité dans les affaires traitant des droits linguistiques et du droit à l'égalité**

Par Michel Doucet, professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Moncton, et avocat-conseil, Patterson Palmer, Moncton ( Nouveau-Brunswick )

Présentation dans le cadre de la Consultation nationale de novembre 2002 du Programme de contestation judiciaire, Winnipeg, Manitoba

---

### **INTRODUCTION**

Depuis les opinions de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi sur la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*<sup>1</sup> et, plus particulièrement, dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*<sup>2</sup>, une nouvelle forme d'argumentation juridique semble vouloir se définir surtout en matière de droits linguistiques et, dans une moindre mesure, en matière de droit à l'égalité.<sup>3</sup> S'appuyant sur les principes directeurs sous jacents formulés dans ces deux renvois de la Cour, cette argumentation cherche à utiliser ces principes non seulement pour interpréter le texte écrit de la Constitution, mais également comme un outil judiciaire permettant de résoudre des questions constitutionnelles difficiles qui n'ont pas été abordées expressément par le constituant. La question s'est donc posée à savoir comment on pouvait utiliser ces principes pour faire avancer la notion d'égalité à la fois en matière linguistique et par rapport à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.<sup>4</sup> Voilà le thème que m'ont proposé les responsables du Programme de contestation judiciaire.

---

<sup>1</sup> [1997] 3 R.C.S. 3. (Ci-après *Renvoi : juges de la Cour provinciale*.)

<sup>2</sup> [1998] 2 R.C.S. 217. (Ci-après *Renvoi*.)

<sup>3</sup> Pour ce qui est du droit à l'égalité, voir notamment P. Hughes, « Recognizing Substantive Equality as a Foundational Constitutional Principle » (1999), 22 *Dal. L. J.* (n° 2) 5.

<sup>4</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R.U.), 1982. (Ci-après la *Charte*.)

## LES PRINCIPES DIRECTEURS NON ÉCRITS

Il serait faux de croire que la Constitution canadienne n'est qu'un texte écrit; elle englobe aussi des règles et des principes non écrits qui régissent l'exercice du pouvoir constitutionnel. Une lecture du texte écrit de la Constitution, sans tenir compte de ces règles et principes sous-jacents, pourrait induire le lecteur en erreur.

Quelle est l'origine de ces principes directeurs non écrits? Selon le juge en chef Lamer dans le *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, il est possible d'expliquer l'existence de certains des principes en se reportant au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, lequel énonce :

Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de s'unir en fédération pour former un seul et même dominion sous la Couronne du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande, avec une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni.

Il ajoute, par la suite, que « quoique le préambule ait été cité par notre Cour à bien des reprises, son effet juridique n'a jamais été expliqué complètement [...] il n'est pas, à proprement parler, une source de droit positif, par contraste avec les dispositions qui suivent. »<sup>5</sup> Cela étant dit, il tient à préciser :

Par ailleurs, le préambule produit effectivement d'importants effets juridiques. Dans des circonstances normales, le préambule peut servir à préciser l'objet d'une loi ainsi qu'à faciliter l'interprétation des termes ambigus [...] Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* a certainement cette utilité. À mon avis, toutefois, il va même un peu plus loin. Pour reprendre les propos du juge Rand, le préambule énonce « la thèse politique que la Loi exprime ». [...] Il reconnaît et confirme les principes fondamentaux qui sont à la source même des dispositions substantielles de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme je l'ai dit précédemment, ces dispositions ne font qu'établir ces principes structurels dans l'appareil institutionnel qu'elles créent ou envisagent. En tant que tel, le préambule est non seulement une clef permettant d'interpréter les dispositions expresses de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais également une invitation à utiliser ces principes

---

<sup>5</sup> *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, précité, note 1, à la page 69.

structurels pour combler les lacunes des termes exprès du texte constitutionnel. Il est le moyen qui permet de donner force de loi à la logique qui sous-tend la Loi.<sup>6</sup> (C'est nous qui soulignons.)

Ce qui est important de retenir de ce passage, c'est l'« invitation à utiliser ces principes structurels pour combler les lacunes des termes exprès du texte constitutionnel. » Ainsi, les principes non écrits serviront à préciser le texte écrit de la Constitution. Mais leur utilité peut-elle aller au-delà de cette fonction d'interprétation?

Dans le *Renvoi*, la Cour suprême déclare que la Constitution canadienne est fondée sur quatre principes directeurs fondamentaux : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des droits des minorités.<sup>7</sup> Ces principes « inspirent et nourrissent le texte de la Constitution : ils en sont les prémisses inexprimées »<sup>8</sup>. La Cour précise qu'ils ont dicté des aspects majeurs de la structure constitutionnelle canadienne; ils en sont la « force vitale »<sup>9</sup>. Ils « guident l'interprétation du texte et la définition des sphères de compétence, la portée des droits et obligations ainsi que le rôle de nos institutions politiques. »<sup>10</sup> « Fait tout aussi important, le respect de ces principes est indispensable au processus permanent d'évolution et de développement de notre Constitution, cet « arbre vivant » ».<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Nous pouvons ajouter à ces quatre principes directeurs les principes de la suprématie de la loi, la réparation novatrice que constitue la déclaration d'invalidité avec sursis, la reconnaissance du statut constitutionnel des privilèges des législatures provinciales, l'attribution à l'autorité fédérale du pouvoir de réglementer la liberté d'expression politique et la reconnaissance, par inférence, de limites implicites à la souveraineté du pouvoir législatif en matière de liberté d'expression et l'indépendance du judiciaire : Voir *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, précité, note 1, aux par. 96 à 104.

<sup>8</sup> *Renvoi*, précité, note, au par. 49.

<sup>9</sup> *Ibid.*, au par. 51.

<sup>10</sup> *Ibid.*, au par. 52.

<sup>11</sup> *Ibid.*

Ces 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. Bien qu'ils ne soient pas expressément énoncés dans la Constitution, ils peuvent, en vertu d'une disposition écrite, donner naissance à des obligations juridiques substantielles qui fixent des limites importantes à l'action des gouvernements.<sup>12</sup>

Aux fins de notre analyse, nous nous intéresserons essentiellement au principe relatif à la protection des minorités. Toutefois, une présentation sommaire des trois autres principes nous permettra de mieux saisir l'importance de ces principes constitutionnels sous-jacents.

Le principe du « fédéralisme » est défini par la Cour comme étant le « thème central dans la structure de notre Constitution »<sup>13</sup>. Selon la Cour, ce principe reflète le fait que dans un système fédéral de gouvernement, « le pouvoir politique est partagé entre deux ordres de gouvernement : le gouvernement fédéral, d'une part, et les provinces, de l'autre. »<sup>14</sup> La Cour ajoute qu'il appartient aux tribunaux de « contrôle[r] les bornes de la souveraineté propre des deux gouvernements. »<sup>15</sup> Le fédéralisme est « une réponse politique et juridique aux réalités du contexte social et politique »<sup>16</sup> et la « structure politique qui [permet] de concilier unité et diversité. »<sup>17</sup>

Selon la Cour, la *Loi constitutionnelle de 1867* ne fait de l'État canadien qu'un « État partiellement fédéral »<sup>18</sup> puisque, selon les textes, « le gouvernement fédéral conservait de vastes

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, au par. 54.

<sup>13</sup> *Ibid.*, au par. 57.

<sup>14</sup> *Ibid.*, au par. 56.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*, au par. 57.

<sup>17</sup> *Ibid.*, au par. 43.

<sup>18</sup> *Ibid.*, au par. 55.

pouvoirs qui menaçaient de saper l'autonomie des provinces. »<sup>19</sup> Toutefois, la Cour s'empresse d'ajouter que « [n]os usages politiques et constitutionnels ont respecté le principe sous-jacent du fédéralisme et ont appuyé une interprétation du texte de la Constitution conforme à ce principe. »<sup>20</sup>

Un peu plus loin, la Cour ajoute :

Le principe du fédéralisme est une reconnaissance de la diversité des composantes de la Confédération et de l'autonomie dont les gouvernements provinciaux disposent pour assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence. La structure fédérale de notre pays facilite aussi la participation à la démocratie en conférant des pouvoirs au gouvernement que l'on croit le mieux placé pour atteindre un objectif sociétal donné dans le contexte de cette diversité.<sup>21</sup>

La notion de « diversité » est expliquée un peu plus en détail lorsque la Cour affirme que « le principe du fédéralisme facilite la poursuite d'objectifs collectifs par des minorités culturelles ou linguistiques qui constituent la majorité dans une province donnée. »<sup>22</sup> La structure fédérale aura donc permis aux Canadiens de langue française de former la majorité numérique de la population de la province de Québec et d'exercer ainsi les pouvoirs provinciaux que conférait la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour ajoute aussi que « [l]a Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick qui avaient aussi affirmé leur volonté de préserver leur culture propre et leur autonomie en matière locale, ont bien accueilli également le fédéralisme. »<sup>23</sup>

Depuis l'avènement de la *Charte* en 1982, la démocratie est reconnue expressément dans le texte de la Constitution. Les articles 3 à 5 de la *Charte* reconnaissent les « Droits

---

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> *Ibid.*, au par. 58.

<sup>22</sup> *Ibid.*, au par. 59.

<sup>23</sup> *Ibid.*, au par. 60.

démocratiques ». Toutefois, selon la Cour suprême, « le principe de la démocratie a toujours inspiré l'aménagement de notre structure constitutionnelle. »<sup>24</sup>

La Cour fait une distinction importante entre les aspects « institutionnel » et « individuel » de la démocratie. La démocratie institutionnelle comprend les notions de gouvernement représentatif et responsable, du suffrage populaire, de la règle de la majorité, de la détermination et de la mise en œuvre de la volonté souveraine du peuple, de l'autonomie gouvernementale, de la responsabilité devant le peuple, du compromis, de la négociation et de la délibération, la prise en considération des voix dissidentes et du respect des identités culturelles et collectives.<sup>25</sup>

Finalement, le principe du « constitutionnalisme et la primauté du droit » est décrit par la Cour comme « la base de notre système de gouvernement »<sup>26</sup>. La Cour indique que dans l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, la primauté du droit est décrite comme « [l'] un des postulats fondamentaux de notre structure constitutionnelle »<sup>27</sup>. Dans le *Renvoi : Droits linguistiques du Manitoba*, la Cour suprême souligne que le principe de la primauté du droit était inclus dans le préambule des *Lois constitutionnelles* de 1867 et de 1982 et qu'il est un « postulat de notre propre structure constitutionnelle »<sup>28</sup>. Un peu plus loin, la Cour ajoute :

[...] le principe est nettement implicite de par la nature même d'une constitution. La Constitution, en tant que loi suprême, doit être interprétée comme un aménagement fonctionnel des relations sociales qui sert de fondement à l'existence d'un ordre réel de droit positif. Les fondateurs de notre pays ont certainement voulu, entre autres principes fondamentaux d'édification nationale, que le Canada soit une société où règne l'ordre juridique et dotée d'une structure normale : une société soumise à la primauté du droit.

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, au par. 62.

<sup>25</sup> *Ibid.*, aux par. 62 à 69.

<sup>26</sup> *Ibid.*, au par. 70.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Renvoi : droits linguistiques du Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la page 750.

Même s'il ne fait pas l'objet d'une disposition précise, le principe de la primauté du droit est nettement un principe de notre Constitution.<sup>29</sup>

Les éléments de la primauté du droit sont :

- (1) la suprématie du droit sur les actes du gouvernement et des particuliers;<sup>30</sup>
- (2) l'assurance d'une société stable, prévisible et ordonnée dans laquelle les citoyens et résidents peuvent mener leurs activités;<sup>31</sup>
- (3) des rapports entre l'État et les individus régis par le droit.<sup>32</sup>

Le principe du « constitutionnalisme » ressemble beaucoup à celui de la « primauté du droit », mais les deux ne sont pas identiques. Le principe du « constitutionnalisme » « exige que les actes de gouvernement soient conformes à la Constitution. »<sup>33</sup> L'essence du constitutionnalisme est exprimée dans le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui dit ceci : « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérante les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. » La Cour a d'ailleurs souligné que l'adoption de la *Charte* a fait passer le système canadien de gouvernement de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle.<sup>34</sup>

## **LE PRINCIPE RELATIF AUX DROITS DES MINORITÉS**

Selon la Cour, ce principe tire son origine de la protection des droits des minorités religieuses en matière d'éducation garantie par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et

---

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> *Renvoi*, précité, note 2, au par. 71.

<sup>31</sup> *Ibid.*, au par. 70.

<sup>32</sup> *Ibid.*, au par. 71.

<sup>33</sup> *Ibid.*, au par. 72.

<sup>34</sup> *Ibid.*

des dispositions de la *Charte* relatives à la protection des droits linguistiques et des droits à l'éducation des minorités.<sup>35</sup> En ce qui a trait à la *Charte*, la Cour précise qu'« [i]l ne fait aucun doute que la protection des minorités a été un des facteurs clés qui ont motivé l'adoption de la *Charte* et le processus de contrôle judiciaire constitutionnel qui en découle. »<sup>36</sup> La Cour reconnaît « qu'une constitution peut chercher à garantir que des groupes minoritaires vulnérables bénéficient des institutions et des droits nécessaires pour préserver et promouvoir leur identité propre face aux tendances assimilatrices de la majorité. »<sup>37</sup>

La Cour suprême précise que les dispositions constitutionnelles protégeant les droits linguistiques, religieux et scolaires des minorités sont le résultat d'un compromis historique. Toutefois, elle souligne que même si ces dispositions découlent de négociations et de compromis politiques, cela ne signifie pas qu'elles ne sont pas fondées sur des principes<sup>38</sup>:

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 aucun 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.<sup>39</sup>

La Cour tient aussi à rappeler que, loin d'être un principe qui a été inventé avec l'adoption de la *Charte* en 1982, la protection des minorités fait partie de notre histoire :

Il ne faut pas oublier pour autant que la protection des droits des minorités a connu une longue histoire avant l'adoption de la

---

<sup>35</sup> *Ibid.*, au par. 79.

<sup>36</sup> *Ibid.*, au par. 81.

<sup>37</sup> *Ibid.*, au par. 74.

<sup>38</sup> *Ibid.*, au par. 80.

<sup>39</sup> *Ibid.*, au par. 81.

*Charte*. De fait, la protection des droits des minorités a clairement été un facteur essentiel dans l'élaboration de notre structure constitutionnelle même à l'époque de la Confédération [...] Même si le passé du Canada en matière de défense des droits des minorités n'est pas irréprochable, cela a toujours été, depuis la Confédération, un but auquel ont aspiré les Canadiens dans un cheminement qui n'a pas été dénué de succès. Le principe de la protection des minorités continue d'influencer l'application et l'interprétation de notre Constitution.<sup>40</sup>

La Cour suprême ne précise pas quelles pourraient être la nature et l'étendue de la protection que ce principe accorde aux minorités. En conséquence, rien n'indique que les minorités visées par ce principe pourront utiliser celui-ci pour étendre leurs droits au-delà des protections qui leurs sont déjà accordées par les textes écrits.

À cet égard un commentateur déclare :

[...] Attempts are already being made by creative and imaginative lawyers to have the courts extend the reach of this principle beyond that prescribed by the various provisions in the text of the Constitution which can be said to speak directly to it, and upon which the Court in the *Quebec Secession Reference* relied in including it as one of our foundational constitutional principles. Such extension, it is to be argued, is required in order to “fill out gaps in the express terms of the constitutional scheme”, in the same way in which the principle of judicial independence was extended in the *Provincial Court Judges Cases* to fill a “gap” in the text relating to it. *Lalonde v. Ontario*, an attack upon the decision of the Ontario government to scale down significantly the operations of Montfort Hospital in Ottawa, the only francophone hospital in the province, provides a good example of such attempts. The essence of the claim in that case is that that decision is unconstitutional because it offends the protection of minorities principle, with the relevant minority here, of course, being the French speaking linguistic minority.

Whether or not the Supreme Court of Canada will be willing to extend the principle in the manner claimed in such cases remains to be seen. However, it is worth noting that [...] the Court itself has refused to extend to other religious minorities the protections afforded to the dissentient Catholic and Protestant minorities by

---

<sup>40</sup> *Ibid.*

section 93 of the *Constitution Act, 1867*. And in *Mahe v. Alberta*, the Court viewed the minority language educational rights for which section 23 of the *Charter* provides as very much a self-contained set of rights, unaffected by either section 15 of the *Charter* [...] or section 27. There is therefore at least some reason to believe that the Court will reject claims of the kind made in *Lalonde*.<sup>41</sup>

À la lumière de ce qui précède analysons comment ces principes, et notamment celui relatif aux droits des minorités, peuvent être utilisés.

### **L'UTILISATION DES PRINCIPES NON ÉCRITS**

Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*<sup>42</sup>, la Cour apporte une réserve à la reconnaissance de ces principes constitutionnels. Elle tient à rappeler qu'ils ne sont pas une invitation à négliger le texte écrit de la Constitution. Le juge en chef Lamer indique clairement :

Toutefois, je tiens à ajouter une mise en garde. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting*, [...] l'histoire constitutionnelle du Canada peut être considérée, en partie, comme une évolution « qui a abouti à la suprématie d'une constitution écrite définitive ». La préférence pour une Constitution écrite repose sur bon nombre de raisons importantes, particulièrement la certitude du droit et, par ce moyen, la légitimité du contrôle judiciaire fondé sur la Constitution.<sup>43</sup>

Dans le *Renvoi*, la Cour insiste sur l'importance de la primauté de la Constitution écrite. Selon elle, 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. »<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> R. M. Elliott, « References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada's Constitution », 80 *R. du B. can.* 67, à la page 119.

<sup>42</sup> *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, précité, note 1.

<sup>43</sup> *Ibid.*, au par. 93 .

<sup>44</sup> *Renvoi sur la sécession du Québec*, précité, note 2, au par. 53.

Les principes sous-jacents peuvent être utilisés comme guide pour l'interprétation du texte écrit de la Constitution. Ils peuvent également être utilisés à d'autres fins; par exemple pour combler les lacunes du texte écrit. Dans ce cas, il faudra démontrer qu'il existe des lacunes dans les termes exprès du texte constitutionnel et qu'il est nécessaire de combler ces lacunes afin de donner force de loi à la logique qui sous-tend la *Loi*. Finalement, ils peuvent constituer les fondements indépendants sur lesquels la validité d'une action gouvernementale peut être attaquée.

À cet effet, le professeur Elliott dit :

The proposition that at least some of the organizing principles of Canada's Constitution can function as independent bases upon which to attack the validity of legislation is not, in my view, one that should either surprise or concern us. For the reasons developed earlier, principles that can fairly be said to arise by necessary implication from the provisions of the text of the Constitution should properly function in this manner, since they have the same legal status as the text.<sup>45</sup>

L'interprétation qui sera ultimement donnée à l'énoncé « lacunes dans les termes exprès du texte constitutionnel » nous permettra d'évaluer la portée du pouvoir accordé aux tribunaux de déclarer invalide une action gouvernementale. Selon le professeur Elliott, l'opinion de la Cour dans le *Renvoi* semble favoriser une interprétation très large de cet énoncé :

The "gap" that the Court filled with the rules it fashioned on the basis of federalism, democracy, the rule of law and the protection of minorities to deal with the possible secession of a province could hardly be said to be either minor or anomalous; this was simply an area for which the drafters of the Constitution had, for whatever reason, chosen not to make any provision. The understanding of the "gap" to be derived from that case would seem therefore to be an exceedingly broad one – it potentially means anything relating to the governance of the country for which no provision is made in the Constitution.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> R. M. Elliott, précité, note 41, à la page 95.

<sup>46</sup> *Ibid*, à la page 96.

L'approche qu'utiliseront les tribunaux pour combler les lacunes exprès du texte écrit est également importante. Selon le professeur Monahan, deux approches peuvent être utilisées :

The first, which might be termed the “judicial balancing” theory, suggests that when the courts find a gap, they should conceive of their role as akin to constitutional drafters. On this view, the court should fill in the gap by relying upon its own conception as to the best or most appropriate set of constitutional norms that should be added to the existing text. The second, which might be termed the “interpretive” theory, suggests that the court attempt to fill in the gap by adopting an interpretation that is most consistent with the underlying logic of the existing text, and then to rely upon the logic in order to “complete” the constitutional text.<sup>47</sup>

Le professeur Monahan favorise la deuxième théorie qui est plus compatible, selon lui, avec le rôle traditionnel du pouvoir judiciaire. La première théorie exige que le pouvoir judiciaire fasse des choix, et sa méthode est plus proche de la création du droit que de l'interprétation du texte écrit.

La théorie « interprétative » trouve sa justification dans le *Renvoi : juges de la Cour provinciale*. La première théorie pourrait, pour sa part, trouver une certaine justification dans l'opinion de la Cour dans le *Renvoi* où le pouvoir de « combler les lacunes » semble avoir été interprété plus largement, car selon la Cour, les principes constitutionnels sous-jacents peuvent, dans certaines circonstances, donner lieu à des obligations juridiques substantielles.<sup>48</sup>

La Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Lalonde et al. c. Commission de restructuration des services de santé*<sup>49</sup>, et la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans l'arrêt *Charlebois c. Mowatt et la Ville de Moncton*<sup>50</sup>, se sont récemment penchées sur la portée du principe de la protection des minorités. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick affirme que

---

<sup>47</sup> P. Monahan, « The Public Policy Role of the Supreme Court of Canada in the Secession Reference » (1999), 11 *Nat. J. of Const. Law* 65, à la page 77.

<sup>48</sup> *Renvoi sur la sécession du Québec*, supra, note 1, au par. 54.

<sup>49</sup> Cour d'appel de l'Ontario, n° de dossier C33807, le 7 décembre 2001.

<sup>50</sup> (2002), 242 R.N.-B.(2<sup>e</sup>) 259.

l'opinion de la Cour suprême dans le *Renvoi* permet de conclure que le respect des droits des minorités est « un principe non écrit qui sous-tend la Constitution canadienne, que ce principe peut être utilisé pour préciser le texte écrit de la Constitution, et qu'il favorise le processus permanent d'évolution de la Constitution. »<sup>51</sup>

Toutefois, s'appuyant sur l'arrêt de la Cour suprême dans *Succession Eurig (Re)*<sup>52</sup>, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick tient à réitérer qu'en droit constitutionnel canadien, c'est la primauté du texte constitutionnel écrit qui sert de fondement à la légitimité du contrôle judiciaire exercé par les tribunaux.<sup>53</sup> Ainsi, elle conclut que la « force normative puissante » dont parle la Cour suprême dans le *Renvoi* « vise l'interprétation des textes constitutionnels et non la création de droits en dehors des textes constitutionnels. »<sup>54</sup> Les principes non écrits, dont celui relatif à la protection des minorités, serviront donc à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel

Dans l'arrêt *Lalonde*, la Cour d'appel de l'Ontario procède à un examen de l'opinion de la Cour suprême dans le *Renvoi*. En ce qui a trait au principe « de la protection des minorités », la Cour d'appel de l'Ontario fait remarquer que celui-ci est une caractéristique structurelle fondamentale de la Constitution canadienne et qu'il « explique et transcende à la fois les droits des minorités expressément garantis dans le texte de la Constitution. »<sup>55</sup>

Comme la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, celle de l'Ontario conclut que :

Les principes non écrits de la Constitution ont bel et bien une force normative. Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (I.P.É.)*; *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale (I.P.É.)*, [1997] 3

---

<sup>51</sup> *Ibid.*, au par. 55.

<sup>52</sup> [1998] 2 R.C.S. 565.

<sup>53</sup> *Charlebois*, précité, note 50, au par. 57.

<sup>54</sup> *Ibid.*, au par. 58.

<sup>55</sup> *Ibid.*, au par. 114.

R.C.S. 3 (le *Renvoi relatif aux juges provinciaux*), à la p. 75, le juge en chef Lamer fait clairement savoir qu'à son avis, le préambule de la Constitution « 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. »<sup>56</sup>

Les deux cours d'appel reprennent ainsi les conclusions du professeur Elliot qui estime que lorsqu'on a recours aux principes non écrits pour attaquer la validité d'une loi ou d'une action gouvernementale, ils peuvent légitimement être considérés comme issus du texte de la Constitution. En d'autres termes et dans les mots de la Cour d'appel de l'Ontario :

[...] lorsque les principes structurels engendrent des droits permettant d'attaquer la validité d'une loi, ils sont fondés sur le texte de la Constitution. Même s'ils ne sont pas expressément énoncés dans le texte de la Constitution, ces droits ressortent du texte lorsqu'il est compris et interprété dans son contexte juridique, historique et politique complet et approprié. Employés de cette manière, les principes non écrits ou structurels permettent aux tribunaux de dégager tout le sens de la Constitution et d'étoffer ses dispositions, comme l'explique le juge en chef Lamer dans le *Renvoi relatif aux juges provinciaux*, à la p. 69, même au point d'autoriser les tribunaux à « combler les lacunes des termes exprès du texte constitutionnel. » (C'est nous qui soulignons.)<sup>57</sup>

Les tribunaux peuvent donc s'appuyer sur les principes non écrits afin de combler les vides laissés par le texte écrit en « définissant ce qui [...] constitue le meilleur ou le plus légitime ensemble de normes constitutionnelles à rajouter au texte existant. »<sup>58</sup> Le juge Daigle, de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, renchérit en affirmant 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. »<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> *Ibid.*, au par. 116.

<sup>57</sup> *Lalonde*, précité, note 49, au par. 118.

<sup>58</sup> *Ibid.*, au par. 120.

<sup>59</sup> *Charlebois*, précité, note 50, au par. 58.

Dans l'arrêt *Lalonde*, les principes non écrits sont utilisés afin de statuer sur la validité d'une décision discrétionnaire touchant le rôle et la fonction d'une institution existante, prise par un organisme créé par la loi et mandaté pour agir dans l'intérêt du public. Dans l'arrêt *Charlebois*, ces mêmes principes sont invoqués pour préciser l'expression « lois de la Législature » dont il est question au paragraphe 18(2) de la *Charte* et pour en favoriser une interprétation large et généreuse. Il est clair que les principes non écrits ont des incidences directes sur l'interprétation des textes écrits de la Constitution ou d'une mesure législative et sur la validité d'une décision prise par un organisme gouvernemental.

L'approche utilisée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Lalonde* est certainement plus large que celle adoptée par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, qui a choisi de confiner, comme le suggérait le professeur Monahan, l'utilisation des principes directeurs non écrits à leur rôle traditionnel de guide dans l'interprétation du texte écrit.

Dans l'arrêt *Lalonde*, la Cour semble vouloir aller plus loin lorsqu'elle précise :

Les valeurs constitutionnelles fondamentales ont une force juridique normative. Même si le texte de la Constitution ne contient pas expressément un droit spécifique susceptible d'être sanctionné par les tribunaux, les valeurs constitutionnelles doivent être prises en compte dans l'évaluation de la validité ou de la légalité d'une action gouvernementale. C'est là un principe bien ancré dans notre droit. Avant l'avènement de la *Charte* et l'enchâssement constitutionnel des droits et libertés, il ne faisait aucun doute que ces mêmes droits étaient des valeurs constitutionnelles fondamentales. Même s'ils n'avaient pas été cristallisés par leur inscription et leur formulation expresse dans la Constitution, ils étaient régulièrement utilisés par les tribunaux pour interpréter la loi et pour apprécier la légalité d'un acte de l'administration.<sup>60</sup> (C'est nous qui soulignons.)

L'opinion de la Cour suprême dans le *Renvoi* nous permet de conclure que le respect des droits des minorités est « un principe non écrit qui sous-tend la Constitution canadienne, que ce

---

<sup>60</sup> *Lalonde*, précité, note 49, au par. 174.

principe peut être utilisé pour préciser le texte écrit de la Constitution, et qu'il favorise le processus permanent d'évolution de la Constitution. »<sup>61</sup>

Les principes non écrits auront également un effet sur les actions prises par l'administration. La Cour suprême a déjà fait remarquer que les autorités gouvernementales doivent tenir compte des exigences de la *Charte* dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire.<sup>62</sup> En conséquence, concernant les questions d'ordre linguistique, les autorités doivent, dans leur prise de décisions, accorder une importance suffisante à la promotion et à la préservation de la culture de la minorité linguistique.

Dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la juge L'Heureux-Dubé écrit :

[...] l'exercice du pouvoir discrétionnaire doit quand même rester dans les limites d'une interprétation raisonnable de la marge de manœuvre envisagée par le législateur, conformément aux principes de la primauté du droit [...], suivant les principes généraux de droit administratif régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire, et de façon conciliable avec la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[...]

Toutefois, même si, en général, il sera accordé un grand respect aux décisions discrétionnaires, il faut que le pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément aux limites imposées dans la loi, aux principes de la primauté du droit, aux principes du droit administratif, aux valeurs fondamentales de la société canadienne, et aux principes de la *Charte*.<sup>63</sup>

La juge conclut que dans ce cas, la décision du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de refuser la dispense à une femme qui avait donné naissance à quatre enfants pendant ses 11 années au Canada contrevenait aux valeurs exprimées dans la *Convention*

---

<sup>61</sup> *Ibid.*, au par. 55.

<sup>62</sup> *Ibid.*, au paragraphe 30.

<sup>63</sup> [1999] 2 R.C.S. 817, aux pages 853 à 855.

*internationale relative aux droits de l'enfant*. La *Convention* avait été ratifiée par le Canada, mais non adoptée par une loi du Parlement. Cette conclusion fait dire à la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Lalonde* :

Si les valeurs exprimées dans une convention internationale non incorporée au droit canadien par une loi du Parlement ont une incidence sur la validité d'une décision discrétionnaire prise par un ministre, alors force est de conclure que le non-respect d'un principe fondamental de la Constitution rend une décision discrétionnaire sujette à une révision judiciaire.<sup>64</sup>

En conséquence de ce qui précède, nous pouvons affirmer que les principes non écrits, notamment celui relatif à la « protection des minorités », doivent être considérés comme des éléments clefs dans l'interprétation des droits garantis par la *Charte* et particulièrement les droits linguistiques. Pour ce qui est des droits linguistiques, rappelons l'essentiel des principes qui doivent guider leur interprétation.

Dans le *Renvoi manitobain*, la Cour suprême a statué que le non-respect par le gouvernement manitobain de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* rendait invalide les lois et règlements de cette province qui n'ont pas été imprimés et publiés en français et en anglais. En considérant les conséquences de cette omission, la Cour a souligné l'importance de la langue de la minorité francophone en ces termes :

L'importance des droits en matière linguistique est fondée sur le rôle essentiel que joue la langue dans l'existence, le développement et la dignité de l'être humain. C'est par le langage que nous pouvons former des concepts, structurer et ordonner le monde autour de nous. Le langage constitue le pont entre l'isolement et la collectivité, qui permet aux êtres humains de délimiter les droits et obligations qu'ils ont les uns envers les autres, et ainsi, de vivre en société.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> *Lalonde*, précité, note 49, au par. 179.

<sup>65</sup> *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, note 28, à la page 744. Voir aussi, au sujet de l'importance de la langue et de la culture, les arrêts *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, à la page 362, et *Ford c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712, aux pages 748 et 749.

Étant donné l'importance de la langue et de la culture pour les minorités de langue officielle, la Cour a clairement énoncé, dans l'arrêt *Beaulac*, les objectifs des droits linguistiques en rappelant « l'importance des droits linguistiques comme soutien des collectivités de langue officielle et de leur culture » et en précisant « 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. »<sup>66</sup>

Une autre caractéristique des droits linguistiques est leur caractère réparateur. Dans l'arrêt *Société des Acadiens*, le juge en chef Dickson, en dissidence, avait déclaré que faire échec « aux objets réparateurs généraux des garanties linguistiques prévues par la *Charte* [...] serait incompatible avec une interprétation libérale des droits linguistiques. »<sup>67</sup>

La Cour a évoqué le même objectif dans l'interprétation des garanties linguistiques dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)* en confirmant l'objectif culturel des droits linguistiques et en réitérant que l'interprétation d'une disposition linguistique de la *Charte* fondée sur son objet exige que l'objet soit défini « en fonction de ce qui favorisera le mieux l'épanouissement et la préservation de la minorité linguistique francophone dans la province. » Elle a également souligné la fonction réparatrice des droits linguistiques en statuant que « le droit conféré devrait être interprété d'une façon réparatrice, compte tenu des injustices passées qui n'ont pas été redressées et qui ont nécessité l'enchâssement de la protection des droits linguistiques de la minorité. »<sup>68</sup>

Dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*, les juges Major et Bastarache, au nom d'une Cour unanime, ont réaffirmé les objectifs plus larges des droits linguistiques :

---

<sup>66</sup> *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, aux par. 17 et 25.

<sup>67</sup> *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick c. Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549, à la page 567.

<sup>68</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, [1993] 1 R.C.S. 839, aux pages 850 et 851.

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.<sup>69</sup>

C'est donc dans une optique qui met l'accent sur une interprétation large et libérale et qui vise la protection et l'épanouissement des collectivités de langue officielle ainsi que la réparation des inégalités passées que doivent être interprétées les garanties linguistiques prévues dans la *Charte*. C'est cette vision des droits linguistiques et des objectifs plus larges qu'ils renferment que la Cour suprême du Canada a affirmée dans le *Renvoi*, lorsqu'elle a reconnu la protection des minorités comme l'un des principes directeurs sous-jacents de la Constitution canadienne.

Par conséquent, le principe relatif à la protection des minorités devrait être invoqué dans les décisions portant sur l'interprétation des droits linguistiques. Ce principe servira à inspirer et nourrir les garanties linguistiques qui se trouvent dans la *Charte* ou, comme ce fut le cas dans l'arrêt *Lalonde*, les garanties qui se trouvent dans un texte législatif. Il pourrait servir, par exemple, à inspirer et nourrir l'interprétation de l'article 23 afin d'en étendre la portée à l'enseignement préscolaire. Il a déjà servi dans l'affaire *Charlebois* à élargir la portée du paragraphe 18(2) de la *Charte* pour y inclure les arrêtés municipaux. Ce principe sous-jacent, de pair avec les principes d'interprétation des droits linguistique, devrait guider l'interprétation des textes écrits et la portée des droits et obligations en matière linguistique. Il servirait ainsi au processus permanent d'évolution et de développement des droits linguistiques.

Il servira également à contrôler les actions de l'administration. Il a une force juridique normative et, par conséquent, même si le texte de la *Constitution* ne contient pas expressément un droit précis susceptible d'être sanctionné par les tribunaux, le principe relatif à la protection des minorités doit être pris en compte dans l'évaluation de la validité ou de la légalité d'une action gouvernementale.

---

En conclusion, le principe sous-jacent de la protection des minorités sera utile en matière linguistique pour interpréter les textes constitutionnels et législatifs et pour déterminer la légalité d'un acte de l'administration, un rôle que nous ne pouvons qualifier de négligeable dans notre bataille judiciaire pour l'égalité linguistique.

### **LES PRINCIPES NON ÉCRITS ET L'ARTICLE 15**

Le principe constitutionnel relatif à la protection des minorités est essentiellement centré sur la protection des droits collectifs des minorités. Nous pourrions d'ailleurs dire la même chose du principe sous-jacent de la « démocratie » qui, selon la Cour, « respecte les identités culturelles et collectives.<sup>70</sup> » (C'est nous qui soulignons.) Toutefois, personne ne peut nier le fait que la notion d'« égalité » fasse partie intégrante du principe sous-jacent de la « protection des minorités. »

Ainsi, il existerait plusieurs points en commun entre le principe de la protection des minorités et celui de l'égalité reconnu à l'article 15. Comme le souligne la professeure Hughes « both address [...] difference [...] participation and recognition ». <sup>71</sup> Toutefois, elle ajoute :

Nevertheless, the minority rights principle does not capture the fluid and flexible nature of substantive equality which pays at least as much, if not more, attention to the individual as the group. Most importantly, substantive equality seeks to remove the notion of hierarchy or of “the norm” which is effectively inherent in majority-minority relations. The minority rights principle is about “protection”; the substantive equality principle would be about transformation.<sup>72</sup>

Avec tout le respect dû à la professeure Hughes, nous ne pouvons interpréter aussi étroitement le principe du respect des minorités. Utilisé à bon escient, ce principe peut également

---

<sup>69</sup> *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3, au par. 27.

<sup>70</sup> *Renvoi*, précité, note, au par. 64.

<sup>71</sup> P. Hughes, « Recognizing Substantive Equality as a Fundamental Constitutional Principle », précité, note 3, à la page 35.

<sup>72</sup> *Ibid.*

favoriser le changement. Dans les arrêts *Lalonde* et *Charlebois*, l'utilisation de ce principe va bien au-delà de la simple protection et a favorisé l'évolution des droits linguistiques.

Pourquoi avoir recours aux principes sous-jacents dans le cadre d'une cause portant sur l'égalité lorsqu'il existe déjà une garantie expresse à cet effet à l'article 15 de la *Charte* ? Rappelons, premièrement, qu'il existe également dans la *Charte* des garanties expresses en matière linguistique. Les principes sous-jacents sont néanmoins utiles dans ce contexte puisqu'ils permettent d'aller au-delà du texte écrit. Ainsi, dans le *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire a permis à la Cour d'aller au-delà des textes écrits qui protégeaient déjà cette indépendance. De même, dans l'affaire *Lalonde*, le principe non écrit a permis de protéger une institution de santé franco-ontarienne alors qu'il n'existait pas de garanties expresses à cet effet dans le texte écrit de la Constitution.

Il se peut que ces principes puissent, dans une cause portant sur l'égalité, permettre de repousser les frontières des protections que l'article 15 garantit, frontière qui demeurerait infranchissable par le recours au texte écrit. Le droit se doit d'être imaginatif et il ne doit pas résister à la tentation d'innover en utilisant des arguments qui, au départ, n'apparaissent pas cohérent et judicieux.

## CONCLUSION

L'objectif du présent exposé n'était pas de faire une analyse exhaustive des principes directeurs de la Constitution. Il visait, tout au plus, à vous présenter un outil supplémentaire qui pourrait être utile dans les arguments juridiques cherchant à faire avancer la notion d'« égalité », soit l'égalité linguistique ou l'égalité reconnue à l'article 15. J'espère avoir réussi à répondre à ces attentes.