

Survol des droits linguistiques et réflexion sur la loi 96

PAR
BENOÎT PELLETIER
UNIVERSITÉ D'OTTAWA

SEPTEMBRE 2022



CENTRE D'ANALYSE POLITIQUE
CONSTITUTION FÉDÉRALISME

LES CAHIERS DU CAP-CF

CENTRE D'ANALYSE POLITIQUE : CONSTITUTION ET FÉDÉRALISME

Survol des droits linguistiques et réflexion sur la loi 96

	Direction	Alain-G. Gagnon Professeur titulaire au département de science politique et directeur du CAP-CF, UQAM.
Contactez-nous	Édition	Gustavo Gabriel Santafé Assistant à la coordination, CAP-CF.
Centre d'analyse politique : Constitution et fédéralisme (CAP-CF)	Comité consultatif	Stéphanie Chouinard Professeure agrégée, Département des sciences politiques et d'économique, Collège militaire royal du Canada et co-affiliée à l'Université Queen's. Catherine Mathieu Professeure, Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal. Emmanuelle Richez Professeure agrégée, Département de science politique, Université de Windsor en Ontario. Stéphane Savard Professeur, Département d'histoire, Université du Québec à Montréal. Luc Turgeon Professeur agrégé, École d'études politiques, Université d'Ottawa.

Dépôt légal, 3^e trimestre de 2022
Bibliothèque nationale du Québec
Bibliothèque nationale du Canada
ISSN 2562-2226

Tous droits de traduction et d'adaptation, en totalité ou en partie, réservés dans tous les pays. La reproduction d'un extrait quelconque de ce texte, par quelque procédé que ce soit, tant électronique que mécanique, en particulier par photocopie et par microfilm, est interdite sans l'autorisation écrite de l'éditeur.
© Centre d'analyse politique : Constitution et fédéralisme, 2022.

**SURVOL DES DROITS
LINGUISTIQUES ET RÉFLEXION SUR
LA LOI 96**

Rapport d'expert¹

2022

Réalisé par :

Benoît Pelletier

Avocat émérite, docteur en droit et professeur
éminent (Université d'Ottawa)

¹ Dans le présent texte, les références seront omises lorsqu'il y a des citations. De plus, le genre masculin ne sera utilisé que pour alléger le texte, sans aucune intention de discriminer.

Table des matières

Introduction.....	1
I) L'interprétation et l'application des droits linguistiques de nature constitutionnelle	4
Chapitre 1. Les grands principes d'interprétation des droits linguistiques	5
Chapitre 2. Une revue de la jurisprudence émanant de la Cour suprême du Canada	8
Chapitre 3. Le principe constitutionnel sous-jacent de la protection des minorités	23
II) La constitutionnalité de certaines des mesures contenues dans la loi 96	27
Chapitre 1. L'interprétation de l'article 133 de la loi de 1867.....	28
A) La nature et la portée de l'article 133	29
B) L'apport de l'équité procédurale dans l'interprétation de l'article 133....	34
C) Une interprétation plus large de l'article 133, fondée entre autres sur le principe de l'égalité réelle	35
D) Une interprétation évolutive de l'article 133	37
E) L'interprétation de l'article 133 à la lumière du principe de l'indépendance judiciaire	39
Chapitre 2. Le caractère constitutionnel ou non de certaines des dispositions de la loi 96.....	40
A) L'article 1 de la loi 96 : Le préambule de la loi 101.....	40
B) L'article 4 de la loi 96 : Une justice et une législation en français.....	41
C) L'article 5 de la loi 96 : Des précisions quant à la langue de la justice et de la législation	42
a. L'article 7.1 : La primauté de la version française d'une loi.....	43
b. L'article 8 : Les actes rédigés, adoptés et publiés en français	47
c. L'article 9 : La traduction des actes de procédure	48
d. Les articles 10 et 11 : La version française d'un jugement	51
e. Les articles 12 et 13 : Les nominations.....	53
D) L'article 119 de la loi 96 : La procédure	58
E) L'article 121 de la loi 96 : Les dispositions dérogatoires.....	59
F) L'article 150 de la loi 96 : la Loi d'interprétation.....	60
G) L'article 166 de la loi 96 : Les modifications constitutionnelles	60
Conclusion	66

Introduction

La francité, c'est-à-dire l'« [e]nsemble des caractères propres à la culture française, à la communauté de langue française »², existe bien entendu au Québec, mais elle existe aussi dans les autres provinces et territoires canadiens. Partout où elle se trouve et s'exprime, elle est lourdement menacée par l'avancée spectaculaire, inéluctable et exponentielle de la langue anglaise. Hors du Québec, l'assimilation des francophones s'accroît à un rythme effréné et au Québec même, la langue française perd rapidement du terrain au profit de l'anglais³.

Après avoir adopté la loi 63 en 1969⁴ et la loi 22 en 1974⁵, l'Assemblée nationale du Québec a jeté son dévolu sur la *Charte de la langue française*⁶ (loi 101). Cette dernière loi, adoptée en 1977, a fait du français la langue de l'État, de l'enseignement, du commerce et des affaires, de même que la langue normale et habituelle du travail. Encore aujourd'hui, la loi 101 régit pour l'essentiel les rapports de force entre les deux grandes communautés linguistiques du Québec, soit les communautés francophone et anglophone. Il n'est donc que normal, nous semble-t-il, que, plus de quarante-cinq ans après son entrée en vigueur, la loi 101 soit modernisée, « revampée », révisée et élargie. Voilà ce qui explique l'adoption toute récente de la *Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français*⁷ (loi 96).

La loi 96 est hautement controversée, pour dire le moins. Les attaques ont déjà commencé sur le plan judiciaire⁸, mais ce n'est qu'un début vraisemblablement. Cette loi sera contestée tous azimuts. Elle risque d'être battue en brèche par les justiciables et invalidée par les tribunaux, ne serait-ce qu'en partie.

² Définition tirée du dictionnaire *Le Petit Robert*, en ligne : <<https://dictionnaire.lerobert.com/definition/francite>>.

³ Sur ce point, voir les articles suivants, en ligne : <http://plus.lapresse.ca/screens/5f63abe8-514f-4baa-9221-d1bac551008b_7C_0.html?utm_content=ulink&utm_source=lpp&utm_medium=referral&utm_campaign=internal+share> ; <http://plus.lapresse.ca/screens/eccc2ff0-02ff-410c-ae2f-7404a2cfd1e3_7C_0.html?utm_content=ulink&utm_source=lpp&utm_medium=referral&utm_campaign=internal+share>. Voir également les informations qui figurent plus loin : *infra* note 187.

⁴ *Loi pour promouvoir la langue française au Québec*, LQ 1969, c 9.

⁵ *Loi sur la langue officielle*, LQ 1974, c 6.

⁶ *Charte de la langue française*, RLRQ c C-11 [loi 101].

⁷ *Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français*, LQ 2022, c 14.

⁸ Les contestations judiciaires de la loi 96 ont déjà commencé, en ligne : <<https://www.lapresse.ca/debats/opinions/2022-08-08/contestation-de-la-loi-96/a-la-defense-du-francais-devant-les-tribunaux.php>> ; <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1886557/csem-contestation-loi-96-tribunaux>> ; <<https://www.ledevoir.com/societe/justice/719637/le-projet-de-loi-96-attaque-en-cour>>.

Il y a même un jugement qui a été rendu par la Cour supérieure du Québec concernant une demande de suspension de l'entrée en vigueur des articles 5 et 119 de la loi 96, lesquels amendent les articles 9 et 208.6 de la loi 101 : *Mitchell c Procureur général du Québec*, 2022 QCCS 2983 [*Mitchell*]. Cette demande de suspension s'inscrit dans le cadre d'un pourvoi en contrôle judiciaire visant à invalider les deux dispositions de la loi 96 susmentionnées.

De fait, il existe dans cette loi certaines dispositions qui seront difficiles à appliquer concrètement. Il y a aussi, dans cette loi, certaines mesures qui ont une constitutionnalité discutable ou, à tout le moins, qui risquent d'être vulnérables si la question de leur constitutionnalité était portée devant les cours de justice. Ces mesures sont en effet susceptibles d'être déclarées invalides ou inapplicables⁹, ce que nous ne souhaitons pas soit dit en passant.

Comme son titre l'indique, la loi 96 cherche à confirmer le français en tant que seule langue officielle au Québec et langue commune de la nation québécoise. À cette fin, la loi 96 propose de nombreuses modifications à la loi 101 en matière d'administration, de politique linguistique de l'État, de commerce, de travail ainsi que de législation et de justice. Elle prévoit également de nouveaux droits linguistiques fondamentaux, tel que le droit à des services d'apprentissage du français. La loi 96 porte également sur les sujets suivants :

- La reconnaissance du caractère exécutoire de chacun des droits linguistiques fondamentaux prévus par la loi 101.
- L'encadrement des ordres professionnels et de leurs membres.
- L'ajout de mesures visant entre autres à étendre la francisation aux entreprises employant vingt-cinq employés et plus.
- La modification des dispositions relatives aux comités de francisation et aux programmes de francisation dans les entreprises.
- L'adoption de dispositions relatives à la mise en place d'une offre de services d'apprentissage du français en entreprise.
- La limitation de la durée et du renouvellement de l'exemption permettant à certains enfants de ne pas recevoir l'enseignement en français.
- L'emploi de dispositions visant à encadrer le développement des établissements d'enseignement collégial.
- L'addition de mesures prévoyant que l'obtention d'un diplôme d'études collégiales ou d'une attestation d'études collégiales est conditionnelle à la connaissance du français et, le cas échéant, à la réussite de cours de français ou de cours donnés en français.
- Des modifications aux dispositions relatives aux politiques des établissements d'enseignement collégial et universitaire relativement à l'emploi et à la qualité de la langue française.

⁹ La théorie de la validité (ou invalidité) constitutionnelle repose sur l'application des doctrines de caractère véritable (*pith and substance*), des pouvoirs accessoires, du double aspect et des compétences concurrentes ou partagées. Quant à la théorie de l'applicabilité (ou inapplicabilité) constitutionnelle, elle relève essentiellement de la doctrine de l'exclusivité des compétences (aussi parfois appelée doctrine de l'immunité intrajuridictionnelle).

- Des changements à certaines règles de fonctionnement de la Commission de toponymie.
- La création de *Francisation Québec*, au sein du ministère de l'Immigration, de la Francisation et de l'Intégration
- La création du ministère de la Langue française et l'énumération des fonctions et pouvoirs du ministre de la Langue française.
- Des précisions et des ajustements aux fonctions et pouvoirs de l'Office québécois de la langue française, dont le pouvoir de rendre des ordonnances visant à mettre fin à certains manquements à la loi 101.
- La nomination d'un commissaire à la langue française.
- L'abolition du Conseil supérieur de la langue française.
- L'affirmation du caractère quasiconstitutionnel de certaines des dispositions de la loi 101, en leur accordant une primauté législative.
- L'ajout dans la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁰ de dispositions concernant la constitution du Québec.
- La modification de plusieurs lois québécoises, outre la loi 101, concernant l'usage du français.
- L'utilisation de dispositions dérogatoires afin d'éviter l'application de certains articles de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹¹ et de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹².

La loi 96 s'imposait, selon nous, car elle envoie un message important à toute la population du Québec en faveur de la préservation et de l'essor de la langue française. D'ailleurs, la loi 101 et la loi 96 participent toutes deux de ces mesures législatives qu'adopte à l'occasion l'Assemblée nationale du Québec pour revigorer la langue française, étendre la protection législative du français et exprimer son unicité au sens du fédéralisme canadien¹³.

Parlant justement d'affirmation de l'unicité québécoise sur le plan identitaire, il y a lieu de rappeler que le Québec s'est longtemps défini comme une *société distincte* au Nord de l'Amérique. Il l'est de par sa langue — le français —, sa culture, son droit privé de tradition civiliste, ses institutions, ses valeurs et son mode de vie en général.

¹⁰ *Loi constitutionnelle de 1867 (R-U)*, 30 & 31 Vict, c 3, reproduit dans LRC 1985, annexe II, no 5 [loi de 1867].

¹¹ *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, c 11 [*Charte*] ou [*Charte de 1982*].

¹² *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c C-12 [*Charte québécoise*].

¹³ C'est probablement jusqu'à la loi Lavergne de 1910 qu'il faut remonter lorsque l'on cherche l'origine des interventions législatives de l'Assemblée nationale du Québec en matière de langue. À cet égard, voir la *Loi amendant le Code Civil concernant les contrats faits avec les compagnies de services d'utilité publique*, 1910, c 40. Cette loi imposait l'usage du français et de l'anglais dans les titres de transport de voyageurs et autres documents fournis par les entreprises d'utilité publique.

Aujourd'hui c'est en tant que nation que le Québec cherche à être reconnu dans l'espace canadien. La langue est encore un vecteur et un fondement de son identité profonde. La loi 96 s'inscrit dans cet esprit. Elle vise à donner à la loi 101 toute son amplitude et sa vigueur, et à accroître son efficacité.

Parions néanmoins, en nous fondant sur le passé, que les instances judiciaires voudront remettre en question les différentes mesures de la loi 96, voire carrément les passer au moulin. Notons d'ailleurs, à cet égard, que les dispositions dérogatoires que cette loi contient ne s'appliquent pas à plusieurs des droits linguistiques invoqués par les anglophones du Québec. Ainsi, pour tout ce qui n'est pas visé par les dispositions dérogatoires en question, la loi 96 doit être conforme aux dispositions de la Constitution du Canada, à tout le moins à celles de ces dispositions qui disposent d'une autorité supralégislative.

La question se pose néanmoins de savoir quelle interprétation les tribunaux voudront bien donner aux différents droits linguistiques de nature constitutionnelle existants. Car, faut-il le rappeler, les tribunaux ont le choix entre une interprétation large et téléologique de ces droits, voire évolutive, ou une interprétation restrictive.

Examinons donc dès à présent les principes que pose la Cour suprême du Canada en ce qui a trait à l'interprétation et à l'application des droits linguistiques au Canada, (partie I), après quoi nous tenterons de prédire le sort que les cours de justice et les autres tribunaux seront susceptibles de réserver à certaines des dispositions de la loi 96 (partie II).

I) L'interprétation et l'application des droits linguistiques de nature constitutionnelle

Le point de départ de toute analyse de la position du français au Canada, sur le plan légal, réside dans l'interprétation judiciaire des droits en matière de langue. Ces derniers peuvent être de source purement constitutionnelle comme ils peuvent n'être que de caractère organique ou législatif, voire infralégislatif¹⁴. Nous nous concentrerons, pour notre part, sur l'examen des droits linguistiques de nature constitutionnelle au Canada. Ce sont évidemment les cours de justice et les autres tribunaux qui donnent vie à ces droits, qui les mettent en œuvre. Aussi nous semble-t-il opportun d'examiner, quoique sommairement, le sort que les instances judiciaires ont réservé à ces droits jusqu'à présent, en commençant par les principes d'interprétation qu'ils ont dégagés au cours des ans (chapitre 1). Suivront

¹⁴ Par le terme « infralégislatif », nous désignons les actes normatifs qui se situent sous les lois à proprement parler. Il s'agit en fait de la législation déléguée. Bien que les pouvoirs réglementaires soient de source et même de nature législative, ils découlent d'une habilitation plutôt que d'être originaires comme le sont les lois.

par la suite une revue des arrêts de la Cour suprême du Canada relatifs aux droits linguistiques (chapitre 2) et un examen du principe constitutionnel implicite de la protection des minorités (chapitre 3).

Chapitre 1. Les grands principes d'interprétation des droits linguistiques

Dans l'arrêt *Beaulac*¹⁵, en 1999, le juge Bastarache, s'exprimant alors au nom de six de ses collègues, a posé en ces termes le principe de l'interprétation large des droits linguistiques :

Les 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 la langue officielle au Canada [...]. Dans la mesure où l'arrêt *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick* [...] préconise une interprétation restrictive des droits linguistiques, il doit être écarté.¹⁶

Toujours dans l'arrêt *Beaulac* le juge Bastarache a affirmé que « [l]es droits linguistiques ne sont pas des droits négatifs, ni des droits passifs, ils ne peuvent être exercés que si les moyens en sont fournis »¹⁷ et que « l'égalité réelle est la norme applicable en droit canadien »¹⁸. Puis, le juge Bastarache a exposé ce qui suit :

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 œuvre 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 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; *Mahe*, 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

¹⁵ *R c Beaulac*, [1999] 1 RCS 768 [*Beaulac*].

¹⁶ *Ibid* au para 25.

¹⁷ *Beaulac*, *ibid* au para 20.

¹⁸ *Ibid* au para 22.

possibilité que des droits linguistiques d'origine constitutionnelle soient en conflit avec des droits particuliers prévus par la loi.¹⁹

Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*²⁰, le juge en chef Lamer a affirmé, au nom de la Cour, « que l'accent mis [par la Cour dans un arrêt antérieur] sur le contexte historique de la langue et de la culture indique qu'il peut bien être nécessaire d'adopter des méthodes d'interprétation différentes dans divers ressorts qui tiennent compte de la dynamique linguistique particulière à chaque province »²¹.

En 2005, dans l'arrêt *Solski*²², la Cour suprême du Canada a unanimement souligné, en parlant de l'article 23 de la *Charte*, que l'application de cette disposition devait être contextuelle. De dire la Cour, « [e]lle [cette application] doit tenir compte des disparités très réelles qui existent entre la situation de la communauté linguistique minoritaire du Québec et celle des communautés linguistiques minoritaires des territoires et des autres provinces. Le gouvernement provincial appelé à légiférer en matière d'éducation doit disposer de la latitude suffisante pour assurer la protection de la langue française tout en respectant les objectifs de l'art. 23 »²³. En plus, dans les termes de la Cour :

Les droits à l'instruction dans la langue de la minorité consacrés à l'art. 23 ont une portée nationale et un caractère réparateur. Au moment où cette disposition a été adoptée, ses rédacteurs connaissaient et considéraient inadéquats les divers régimes applicables aux minorités linguistiques anglophones et francophones du Canada. L'article 23 était destiné à offrir une solution uniforme qui permettrait de combler les lacunes de ces régimes. Comme la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Québec Association of Protestant School Boards*, p. 79-80, relatif à la constitutionnalité des dispositions en matière d'enseignement contenues dans la CLF :

Sans doute est-ce un régime général que le constituant a voulu instaurer au sujet de la langue de l'enseignement par l'art. 23 de la *Charte* et non pas un régime particulier pour le Québec. Mais, vu l'époque où il a légiféré, et vu surtout la rédaction de l'art. 23 de la *Charte* lorsqu'on la compare à celle des art. 72 et 73 de la *Loi 101*, il saute aux yeux que le jeu combiné de ces deux derniers articles est apparu au constituant comme un archétype des régimes à réformer ou que du moins il fallait affecter et qu'il lui a inspiré en grande partie le remède prescrit pour tout le Canada par l'art. 23 de la *Charte*.

En raison du caractère national de l'art. 23, la Cour a interprété les droits qu'il confère de façon uniforme pour toutes les provinces : *Quebec Association of Protestant School Boards*; *Mahe*; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*; *Arsenault-Cameron*; *Doucet-Boudreau*. Cependant, le contexte historique et social propre à chaque province

¹⁹ *Ibid* au para 24.

²⁰ *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man)*, art 79(3), (4) et (7), [1993] 1 RCS 839.

²¹ *Ibid* à la p 851.

²² *Solski (Tuteur de) c Québec (PG)*, 2005 CSC 14 [*Solski*].

²³ *Ibid* au para 34.

n'est pas pour autant dépourvu de pertinence ; il faut en tenir compte dans l'examen des approches adoptées par les provinces pour appliquer ces droits et dans les cas où une justification au sens de l'article premier de la Charte canadienne est nécessaire : Ford, p. 777-781.²⁴

Certes, il est difficile de concilier le principe de l'interprétation large dans *tous les cas* de l'arrêt *Beaulac* avec le principe de l'interprétation différenciée du *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)* et avec le principe de l'application contextuelle de l'arrêt *Solski*. Mais cela n'est pas impossible. Nous reviendrons sur ce point plus loin. Notons cependant dès à présent que, dans l'arrêt *Beaulac*, c'est davantage l'opinion conjointe du juge en chef Lamer et du juge Binnie qui nous interpelle que celle rédigée par le juge Bastarache. En effet, les juges Lamer et Binnie ont judicieusement rappelé que l'affaire dont ils étaient saisis était de nature législative et non constitutionnelle et qu'elle n'offrait pas l'occasion appropriée pour réévaluer la position retenue par la Cour suprême dans *Société des Acadiens*²⁵.

Il est clair que les droits linguistiques ont une nature singulière. Ils poursuivent une finalité différente de celle des autres droits énoncés dans la *Charte*. Entre autres, ils se distinguent des principes de justice fondamentale et de justice naturelle de par leur caractère politique²⁶.

La nature politique des droits linguistiques a notamment été soulignée dans l'arrêt *Société des Acadiens*, une affaire dans laquelle le juge Beetz a fait le commentaire suivant au nom de la majorité des juges de la Cour suprême du Canada :

À la différence des droits linguistiques qui sont fondés sur un compromis politique, les garanties juridiques tendent à être de nature plus féconde parce qu'elles se fondent sur des principes. Certaines d'entre elles, par exemple celle énoncée à l'art. 7 de la *Charte*, sont formulées de manière si large que les tribunaux seront souvent appelés à les interpréter. D'autre part, même si certains d'entre eux ont été élargis et incorporés dans la *Charte*, les droits linguistiques ne reposent pas moins sur un compromis politique. Cette différence essentielle entre les deux types de droits impose aux tribunaux une façon distincte d'aborder chacun. Plus particulièrement, les tribunaux devraient hésiter à servir d'instruments de changement dans le domaine des droits linguistiques. Cela ne veut pas dire que les dispositions relatives aux droits linguistiques sont immuables et qu'elles doivent échapper à toute interprétation par les tribunaux. Je crois cependant que les tribunaux doivent les aborder avec plus de retenue qu'ils ne le feraient en interprétant des garanties juridiques.²⁷

²⁴ *Ibid* au para 21.

²⁵ *Société des Acadiens c Association of Parents*, [1986] 1 RCS 549 [*Société des Acadiens*].

²⁶ *Beaulac*, *supra* note 14 au para 25.

²⁷ *Société des Acadiens*, *supra* note 24 à la p 578.

Dans l'arrêt *Mahe*²⁸, la Cour suprême a une fois de plus reconnu la distinction entre les droits linguistiques et les autres droits et libertés de la *Charte*, dont les garanties juridiques. Cette distinction tient non seulement à la forme de tous ces droits et libertés, mais aussi à leur origine, de dire la Cour²⁹.

La nature unique des droits linguistiques a aussi été soulignée en ces termes par le juge Bastarache dans l'arrêt *Beaulac* :

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.³⁰

En tant précisément que droits politiques, l'existence des droits linguistiques est liée au contexte sociodémographique propre à un pays. On aurait tort de les examiner en rupture avec cet environnement. En d'autres termes, nous croyons que les droits linguistiques doivent être interprétés selon des règles qui varient en fonction des circonstances et qu'ils doivent être mis en œuvre d'une façon qui soit adaptée au contexte précis dans lequel ils se développent. Nous reviendrons aussi sur ce point plus loin.

La Cour suprême du Canada a malheureusement tendance à interpréter les droits linguistiques existants de façon symétrique, systématique et absolue. Pourtant, dans les faits, c'est l'asymétrie qui règne en maître au Canada. D'abord, en raison de l'inégalité *de facto* des langues française et anglaise. Ensuite, en raison de la disparité qui existe entre les mesures et contraintes constitutionnelles s'imposant aux provinces. Enfin, en raison du fait que l'article 23 de la *Charte* lui-même ne s'applique dans une province que là où le nombre des enfants des ayants droit est suffisant. Cette dernière exigence est de nature à fracturer et à fragiliser encore davantage la francophonie canadienne. En d'autres termes, la cassure entre les francophones du Québec et ceux des autres provinces canadiennes risque de s'accroître, à la lumière notamment d'une application de l'article 23 qui sera inévitablement de plus en plus défavorable aux francophones vivant en situation minoritaire.

Chapitre 2. Une revue de la jurisprudence émanant de la Cour suprême du Canada

Au cours des ans, la Cour suprême du Canada a tergiversé en ce qui touche l'interprétation des droits linguistiques. Il y eut d'abord la période de l'interprétation large et fondée sur l'objet des droits linguistiques, puis une période marquée par une interprétation plus

²⁸ *Mahe c Alberta*, [1990] 1 RCS 342 [*Mahe*].

²⁹ *Ibid* à la p 365.

³⁰ *Beaulac*, *supra* note 14 au para 25.

restrictive de ces droits. Dans le présent chapitre, nous entendons précisément procéder à l'examen des principales décisions de la Cour suprême du Canada portant sur ces questions. Notre analyse n'a toutefois pas la prétention d'être exhaustive. Par ailleurs, elle sera essentiellement jurisprudentielle, par opposition à doctrinale. La jurisprudence sera abordée selon l'ordre chronologique, tout simplement.

D'abord, dans l'arrêt *Jones*³¹, c'est une Cour suprême unanime qui a affirmé, sous la plume du juge en chef Laskin, que « [l]es mots mêmes de l'article 133 indiquent qu'il n'est l'expression que d'une préoccupation limitée en matière de droits linguistiques »³².

En 1979, dans l'affaire *Blaikie n° 1*³³, la Cour suprême s'est penchée sur la portée de l'article 133 de la loi de 1867 et sur celle de l'ancien paragraphe 92(1) de cette loi. Cette dernière mesure conférait un pouvoir de modification unilatéral à la législature québécoise par rapport à des questions relevant de la régie interne du Québec. La Cour suprême a alors affirmé ce qui suit :

Même si tel n'était pas l'avis de la législature du Québec lors de l'adoption des art. 11, 12 et 13 précités, il faut donner un sens large à l'expression « les tribunaux de Québec » employée à l'art. 133 et considérer qu'elle se rapporte non seulement aux cours visées par l'art. 96 mais également aux cours créées par la province et où la justice est administrée par des juges nommés par elle. Il n'y a pas une grande différence entre cette dernière catégorie de tribunaux et ceux qui exercent un pouvoir judiciaire, même si ce ne sont pas des cours au sens traditionnel du terme. S'il s'agit d'organismes créés par la loi qui ont pouvoir de rendre la justice, qui appliquent des principes juridiques à des demandes présentées en vertu de leur loi constitutive et ne règlent pas les questions pour des raisons de convenance ou de politique administrative, ce sont des organismes judiciaires même si certaines de leurs procédures diffèrent non seulement de celles des cours mais également de celles d'autres organismes ayant pouvoir de rendre la justice. Étant donné l'état rudimentaire du droit administratif en 1867, il n'est pas étonnant qu'il n'ait pas été question d'organismes non judiciaires ayant pouvoir de rendre la justice. Aujourd'hui, ceux-ci jouent un rôle important dans le contrôle d'un large éventail d'activités des particuliers et des sociétés en les soumettant à diverses normes de conduite qui imposent en même temps des limites à la compétence de ces organismes et au statut juridique de ceux qui relèvent de leur compétence. La province ne doit pas être à même de diminuer la garantie accordée pour l'usage du français ou de l'anglais dans les procédures judiciaires [sic] en remplaçant les cours par des organismes ayant pouvoir de rendre la justice, dans la mesure compatible avec l'art. 96 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique.³⁴

En 1979, dans l'arrêt *Forest*³⁵, la Cour suprême du Canada a fait un parallèle entre l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*³⁶ et l'article 133 de la loi de 1867. Elle a constaté

³¹ *Jones c Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 RCS 182 [*Jones*].

³² *Ibid* à la p 193.

³³ *Procureur général du Québec c Blaikie et autres*, [1979] 2 RCS 1016 [*Blaikie no 1*].

³⁴ *Ibid* aux pp 1028-1029.

³⁵ *Procureur général du Manitoba c Forest*, [1979] 2 RCS 1032 [*Forest*].

³⁶ *Loi de 1870 sur le Manitoba*, 1870, 33 Vict., ch 3 (Canada).

l'étroite ressemblance entre ces deux dispositions³⁷ et a conclu que l'article 23 en question se devait d'échapper aux pouvoirs unilatéraux de modification constitutionnelle que conférait jadis le paragraphe 92(1) de la loi de 1867 à la province. Sur ce dernier point, la Cour a affirmé ce qui suit :

Il n'est pas nécessaire de rechercher en l'espèce si cette disposition législative [l'article 6 de la *Loi constitutionnelle de 1871*] emporte restriction du pouvoir de modification qui découle au par.92(1) par application de l'art.2 de l'*Acte du Manitoba*. Il suffit de noter que, quelle que ce soit l'interprétation qu'on lui donne, elle ne peut certainement pas avoir pour effet de donner à la législature du Manitoba à l'égard de l'art.23 de l'*Acte du Manitoba* un pouvoir de modification que le Québec n'a pas à l'égard de l'art.133.³⁸

Dans *Forest*, la similitude entre l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et l'article 133 de la loi de 1867 a d'ailleurs amené la Cour suprême du Canada à donner à ces deux mesures la même portée à tous égards, et pas seulement qu'en ce qui touche leur modification.

En 1981 cette fois, dans l'affaire *Blaikie n° 2*³⁹, la Cour suprême du Canada a étendu l'application de l'article 133 de la loi de 1867 aux règles de pratique adoptées par les tribunaux judiciaires et quasi judiciaires et aux règlements qui constituent de la législation déléguée, hormis les règlements des organismes municipaux et scolaires⁴⁰.

Quelques années plus tard, dans le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*⁴¹, la Cour suprême a reconnu que l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et l'article 133 de la loi de 1867 étaient impératifs et que la règle de droit énoncée à l'article 23 en question et à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴² exigeait que les lois unilingues de la législature du Manitoba soient déclarées invalides, sous réserve du besoin d'éviter de créer un vide juridique dans cette province et celui d'assurer le maintien de la primauté du droit⁴³.

Puis, cette période faste pour les droits linguistiques fut suivie par une période d'interprétation restrictive. Ainsi, dans l'arrêt *MacDonald*⁴⁴, un jugement datant de 1986, le juge Beetz, parlant au nom de cinq de ses collègues⁴⁵ a soutenu qu'une sommation en

³⁷ *Forest*, supra note 34 à la p 1036.

³⁸ *Ibid* à la p 1034.

³⁹ *Procureur général du Québec c Blaikie et autres*, [1981] 1 RCS 312 [*Blaikie no 2*].

⁴⁰ *Ibid* voir entre autres les pages 320 et 321.

⁴¹ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 RCS 721.

⁴² *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [loi de 1982].

⁴³ Les lois de la législature manitobaine en vigueur au moment où le renvoi fut rendu ont été réputées par la Cour être temporairement opérantes — malgré leur invalidité — pendant le délai minimum requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier.

⁴⁴ *MacDonald c Ville de Montréal*, [1986] 1 RCS 460 [*MacDonald*].

⁴⁵ Le juge en chef Dickson s'est dit d'accord avec la conclusion du juge Beetz, portant qu'une sommation unilingue ne contrevenait pas à l'article 133 de la loi 1867.

français remise à un anglophone ne portait pas atteinte à l'article 133 de la loi de 1867. Il a notamment tenu les propos suivants :

Cependant, il devrait être tout à fait clair que ce droit à un procès équitable que reconnaît la *common law*, y compris le droit du défendeur de comprendre ce qui se passe dans le prétoire et d'y être compris, est un droit fondamental qui est profondément et fermement enraciné dans la structure même du système juridique canadien. C'est pourquoi certains aspects de ce droit sont enchâssés tout autant sous la forme de dispositions générales que sous celle de dispositions spécifiques dans la *Charte*, comme l'art. 7 relatif à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, et l'art. 14 portant sur l'assistance d'un interprète. Tandis que le Parlement ou la législature d'une province peut, conformément à l'art. 33 de la *Charte*, déclarer expressément qu'une loi ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'art. 2 ou des art. 7 à 15 de la *Charte*, il est presque inconcevable qu'ils supprimeraient complètement le droit fondamental lui-même que reconnaît la *common law*, à supposer qu'ils pourraient le faire.⁴⁶

De son côté, la juge Wilson, dissidente, a fait valoir ce qui suit :

Une analyse de l'objet de l'art. 133 amène, je crois, inévitablement à la conclusion que l'état ne satisfait pas à son obligation si ses tribunaux s'expriment ou rédigent leurs documents en anglais ou en français sans tenir compte de la langue du justiciable. L'arrêt *Blaikie n° 1* n'aborde tout simplement pas cette question parce qu'il n'avait pas à le faire. La question soulevée dans cette affaire était de savoir si les dispositions de la *Charte de la langue française* du Québec, qui faisaient du français la langue officielle de la législature et des tribunaux du Québec, étaient *ultra vires* de la législature du Québec en raison de l'art. 133 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. La Cour a statué qu'elles l'étaient puisque, d'après le sens manifeste de l'art. 133, les deux langues étaient enchâssées dans la Constitution et que cela ne pouvait être changé par un acte unilatéral de la législature du Québec. Cependant, la Cour ne dit nulle part que le sens manifeste de l'art. 133 permet aux tribunaux du Québec de communiquer avec un justiciable dans la langue officielle qu'il ne comprend pas. Au contraire, la Cour reconnaît que, devant le tribunal, le plaideur a le droit d'utiliser l'une ou l'autre langue, ce qui signifie probablement sa propre langue. Cela a été confirmé dans l'arrêt *Blaikie n° 2*. Le présent pourvoi soulève une question différente mais connexe, c.-à-d. celle de savoir si, en vertu de l'art. 133, il faut communiquer avec le justiciable dans sa propre langue et non dans l'autre langue officielle. Avec égards pour ceux qui sont de l'avis contraire, je ne puis interpréter l'art. 133 comme permettant simplement au justiciable d'utiliser la langue qu'il comprend, tout en permettant à ceux qui communiquent avec lui d'utiliser la langue qu'il ne comprend pas. Quelle sorte de protection linguistique cela constituerait-il ?

Il me semble que, si un citoyen quelconque a le droit de s'exprimer dans sa propre langue devant les tribunaux, l'état a, à tout le moins, l'obligation correspondante de ne pas l'empêcher de le faire. Mais si, étant anglophone, quelqu'un reçoit une sommation rédigée en français, on ne lui permet pas *alors* d'utiliser sa propre langue (même si *plus tard* on lui permet d'utiliser l'anglais devant le tribunal) parce que, à moins que cette personne n'utilise le français et non l'anglais, elle ne comprendra même pas qu'on lui adresse une sommation. Pour le faire, elle doit utiliser le français. En conséquence la personne est, *jusqu'à ce moment du moins*, empêchée de se prévaloir de son droit d'utiliser l'anglais. Il ne suffit

⁴⁶ Macdonald, *supra* note 43 au para 115.

donc pas d'imposer à l'état l'obligation correspondante minimale, c.-à-d. l'obligation de ne pas empêcher une personne de se prévaloir du droit d'utiliser sa propre langue ; il faut imposer à l'état une obligation correspondante plus importante, une obligation positive de faire en sorte que son droit soit respecté.⁴⁷

Dans l'arrêt *Société des Acadiens*, rendu lui aussi en 1986, le juge Beetz, au nom de quatre de ses collègues, en est venu à la conclusion que le droit constitutionnel d'employer le français ou l'anglais devant les tribunaux du Nouveau-Brunswick ne comportait pas celui d'être entendu et compris par le tribunal, indépendamment de la langue officielle utilisée. Il s'est notamment exprimé ainsi :

Le droit qu'ont les parties en *common law* d'être entendues et comprises par un tribunal et leur droit de comprendre ce qui se passe dans le prétoire est non pas un droit linguistique mais plutôt un aspect du droit à un procès équitable. Ce droit est d'une portée à la fois plus large et plus universelle que celle des droits linguistiques. Tout le monde en jouit, y compris les personnes qui ne parlent ni ne comprennent aucune des deux langues officielles. Il relève de la catégorie de droits que la *Charte* qualifie de garanties juridiques et, en fait, est protégé, du moins en partie, par des dispositions comme les art. 7 et 14 de la *Charte*.

À la différence des droits linguistiques qui sont fondés sur un compromis politique, les garanties juridiques tendent à être de nature plus féconde parce qu'elles se fondent sur des principes. Certaines d'entre elles, par exemple celle énoncée à l'art. 7 de la *Charte*, sont formulées de manière si large que les tribunaux seront souvent appelés à les interpréter.

D'autre part, même si certains d'entre eux ont été élargis et incorporés dans la *Charte*, les droits linguistiques ne reposent pas moins sur un compromis politique.

Cette différence essentielle entre les deux types de droits impose aux tribunaux une façon distincte d'aborder chacun. Plus particulièrement, les tribunaux devraient hésiter à servir d'instruments de changement dans le domaine des droits linguistiques. Cela ne veut pas dire que les dispositions relatives aux droits linguistiques sont immuables et qu'elles doivent échapper à toute interprétation par les tribunaux. Je crois cependant que les tribunaux doivent les aborder avec plus de retenue qu'ils ne le feraient en interprétant des garanties juridiques.

À mon avis, une telle attitude de retenue de la part des tribunaux s'harmonise bien avec l'art. 16 de la *Charte*, qui sert d'introduction à la partie intitulée "Langues officielles du Canada".

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.

⁴⁷ *Ibid* aux paras 184-185.

Je ne crois pas que ma façon d'interpréter le par. 19(2) de la *Charte* enfreint la disposition de l'art. 16 en matière d'égalité. L'une ou l'autre langue officielle peut être employée par n'importe quelle personne devant tout tribunal du Nouveau- Brunswick ou dans toutes les affaires devant un tel tribunal et dans tous les actes de procédure qui en découlent. La garantie d'égalité des langues n'est toutefois pas une garantie que la langue officielle utilisée sera comprise par la personne à qui s'adresse la plaidoirie ou la pièce de procédure.

Cependant, avant d'en finir avec cette question d'égalité, je tiens à faire remarquer que si on devait conclure que le droit d'être compris dans la langue officielle employée devant un tribunal constitue un droit linguistique régi par la disposition en matière d'égalité de l'art. 16, on ferait un grand pas vers l'adoption d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être satisfait que par des tribunaux bilingues. Pareille exigence aurait des conséquences d'une portée incalculable et constituerait en outre un moyen étonnamment détourné et implicite de modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives à la magistrature.⁴⁸

Dans le même jugement, le juge en chef Dickson a soulevé le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, pour appuyer l'idée voulant que l'article 133 de la loi de 1867 et l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* aient pour objet et pour but d'assurer l'égalité des langues française et anglaise en ce qui touche les débats dans les corps législatifs visés, la législation et les activités judiciaires⁴⁹.

Quant à la juge Wilson, elle a conclu que les juges qui siègent dans un dossier doivent pouvoir comprendre les procédures, la preuve et les plaidoiries, et ce, peu importe la langue officielle dans laquelle se déroule l'audience. Cependant, selon elle, il s'agit-là d'une exigence découlant du principe de l'équité élémentaire dans les procédures judiciaires. Et cela, c'est sans compter que, toujours selon la juge Wilson, le paragraphe 19(2) de la *Charte* est susceptible de faire l'objet d'une interprétation de plus en plus progressiste dans l'avenir, compte tenu de l'engagement fondamental des acteurs politiques canadiens à assurer la progression du bilinguisme, engagement consacré justement par l'article 16 de ladite charte⁵⁰.

Dans l'arrêt *Bilodeau*⁵¹ de 1986, le juge en chef Dickson a soutenu ce qui suit :

Je me contenterai de suivre les motifs de cette Cour à la majorité, dans l'arrêt *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, rendu en même temps que le présent arrêt, pour répondre à la question de savoir si l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* exige que la sommation soit imprimée dans les deux langues. Dans cette affaire, il s'agissait d'interpréter l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, adoptée trois ans seulement avant la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Le texte de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* concernant la délivrance d'un acte de procédure judiciaire est pratiquement le même que celui qui nous intéresse en l'espèce. Dans l'affaire *MacDonald*, la Cour à la majorité conclut qu'une

⁴⁸ *Société des Acadiens*, supra note 24 aux pp 575, 577-580.

⁴⁹ *Ibid* à la p 562.

⁵⁰ *Ibid* aux pp 618-619.

⁵¹ *Bilodeau c PG (Man)*, [1986] 1 RCS 449.

sommatation et une inculpation unilingues ne contreviennent pas à l'art. 133. La même conclusion s'applique dans le cas de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*.⁵²

De son côté, la juge Wilson, dissidente, a avancé qu'une sommation adressée en anglais seulement à un francophone du Manitoba était invalide parce que contraire à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Elle s'est exprimée en ces termes :

Mais, pour les motifs que j'ai donnés dans l'arrêt *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460 (rendu en même temps que le présent arrêt), je crois qu'elle enfreint les droits linguistiques que confère à l'appelant l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, et qu'elle est invalide pour cette raison. À mon avis, tout comme la personne anglophone qui habite la province de Québec a droit, en vertu de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, à ce qu'on donne suite à ses droits linguistiques en délivrant une sommation en français, de même, la personne francophone qui habite la province du Manitoba a droit, en vertu de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, à un accommodement similaire lorsqu'on délivre une sommation en anglais. Comme je l'ai affirmé dans l'affaire *MacDonald*, l'obligation de l'état peut être remplie en ajoutant à la sommation une note rédigée dans l'autre langue officielle, informant le destinataire de la nature et de l'importance du document et de la possibilité d'obtenir une traduction auprès des fonctionnaires du tribunal.⁵³

Après cette jurisprudence datant de 1986, la Cour suprême du Canada est revenue à une interprétation large des droits linguistiques. Ainsi, dans l'arrêt *Ford*⁵⁴, la Cour a avancé l'idée voulant que l'expression commerciale fasse partie de la liberté d'expression garantie à l'alinéa 2b) de la *Charte de 1982* et à l'article 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. La Cour a par la suite formulé l'énoncé suivant, qui a finalement influencé la politique linguistique du Québec dans les années qui ont suivi :

[...] La Cour pense qu'il n'a pas été démontré que l'interdiction, par les art. 58 et 69, de l'emploi d'une langue autre que le français est nécessaire pour défendre et pour améliorer la situation de la langue française au Québec ni qu'elle est proportionnée à cet objectif législatif. Puisque la preuve soumise par le gouvernement indique que la prédominance de la langue française ne se reflétait pas dans le "visage linguistique" du Québec, les mesures prises par le gouvernement auraient pu être conçues spécifiquement pour régler ce problème précis tout en restreignant le moins possible la liberté d'expression. Alors qu'exiger que la langue française prédomine, même nettement, sur les affiches et les enseignes serait proportionnel à l'objectif de promotion et de préservation d'un "visage linguistique" français au Québec et serait en conséquence justifié en vertu des chartes québécoise et canadienne, l'obligation d'employer exclusivement le français n'a pas été justifiée. On pourrait exiger que le français accompagne toute autre langue ou l'on pourrait exiger qu'il soit plus en évidence que d'autres langues. De telles mesures permettraient que le "visage linguistique" reflète la situation démographique du Québec où la langue prédominante est le français. Cette réalité devrait être communiquée à tous, citoyens et non-citoyens, quelle que soit leur langue maternelle. Cependant, l'usage exclusif du français ne résiste pas à l'examen fondé sur le critère de la proportionnalité et ne reflète pas

⁵² *Ibid* au para 11.

⁵³ *Ibid* au para 22.

⁵⁴ *Ford c Québec (PG)*, [1988] 2 RCS 712 [*Ford*].

la réalité de la société québécoise. En conséquence, nous estimons que la restriction imposée à la liberté d'expression par l'art. 58 de la *Charte de la langue française*, en ce qui concerne l'usage exclusif du français pour l'affichage public et la publicité commerciale, n'est pas justifiée en vertu de l'art. 9.1 de la Charte québécoise. De la même manière, la restriction imposée à la liberté d'expression par l'art. 69 de la *Charte de la langue française*, en ce qui concerne l'utilisation exclusive de la raison sociale en langue française, n'est pas justifiée, ni en vertu de l'art. 9.1 de la Charte québécoise ni en vertu de l'article premier de la Charte canadienne.⁵⁵

Pour continuer, en *obiter dictum*, la Cour a reconnu que le Québec pouvait imposer la prépondérance du français, mais que l'unilinguisme français obligatoire n'était pas nécessaire pour réaliser l'objectif de la loi 101, qui est de donner un visage français au Québec.

Dans ce même arrêt, la Cour a mis l'accent sur le contexte historique de la langue et de la culture⁵⁶.

En 1990, dans l'affaire *Mahe*, la Cour suprême en est unanimement venue à la conclusion, sous la plume du juge en chef Dickson, que l'objet général de l'article 23 de la *Charte* était de maintenir les deux langues officielles du Canada de même que les cultures qu'elles véhiculent, et de favoriser l'épanouissement du français et de l'anglais dans les provinces où ces langues sont minoritaires⁵⁷. La Cour a également reconnu qu'un autre objet de l'article 23 en question était son rôle en tant que disposition réparatrice⁵⁸. Un peu plus loin, la Cour s'est exprimée comme suit :

En outre, comme l'indique le contexte historique dans lequel l'art. 23 a été adopté, les minorités linguistiques ne peuvent pas être toujours certaines que la majorité tiendra compte de toutes leurs préoccupations linguistiques et culturelles. Cette carence n'est pas nécessairement intentionnelle : on ne peut attendre de la majorité qu'elle comprenne et évalue les diverses façons dont les méthodes d'instruction peuvent influencer sur la langue et la culture de la minorité. Commentant les différents revers subis par la minorité francophone de l'Ontario, la Cour d'appel de cette province a souligné que [TRADUCTION] "ces événements ont été rendus possibles par l'absence de participation valable à la gestion et au contrôle des conseils scolaires locaux par la minorité francophone" (*Reference Re Education Act of Ontario*, précité, à la p. 531). Une observation analogue a été faite par la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard dans l'affaire *Reference Re Minority Language Educational Rights (P.E.I.)*, précité, à la p. 259:

[TRADUCTION] Il serait téméraire de présumer que le Parlement avait l'intention de [. . .] confier à la majorité anglophone le contrôle exclusif de l'élaboration et de la mise en {oe}uvre de programmes, puisque dans un tel cas, la majorité

⁵⁵ *Ibid* aux pp 77-78.

⁵⁶ *Ibid*.

⁵⁷ *Mahe*, *supra* note 27 à la p 362.

⁵⁸ *Ibid* à la p 363.

linguistique pourrait très vite porter gravement atteinte aux droits de la minorité et leur enlever toute valeur.

Je souscris à l'opinion exprimée dans ces déclarations. Si l'article 23 doit redresser les injustices du passé et garantir qu'elles ne se répètent pas dans l'avenir, il importe que les minorités linguistiques aient une certaine mesure de contrôle sur les établissements d'enseignement qui leur sont destinés et sur l'instruction dans leur langue.⁵⁹

Toujours dans l'arrêt *Mahe*, la Cour suprême du Canada a préconisé, dans un premier temps, une analyse des droits linguistiques fondée sur leur objet. Dans le cas de l'article 23 de la *Charte*, cet objet rejoint essentiellement l'épanouissement et la préservation de la minorité linguistique (francophone) de la province. Dans un deuxième temps, la Cour a reconnu le caractère réparateur de l'article 23, compte tenu des injustices passées qui n'ont pas été corrigées et qui ont amené justement l'enchâssement constitutionnel de la protection des minorités sur le plan linguistique. Comme l'a mentionné Maurice A. Green :

La Cour a admis [dans *Mahe*] que l'on ne peut attendre de la majorité qu'elle comprenne et évalue les diverses façons dont les méthodes d'instruction peuvent influencer sur la langue et la culture de la minorité, et par conséquent, si l'article 23 doit redresser les injustices du passé et garantir qu'elles ne se répètent pas dans l'avenir, il importe que les minorités aient une certaine mesure de contrôle sur les établissements d'enseignement et l'instruction.⁶⁰

Encore dans *Mahe*, la Cour suprême a affirmé que, si est imposée au gouvernement l'obligation de créer d'importantes structures institutionnelles, les tribunaux doivent être prudents dans l'interprétation de l'article 23 de la *Charte*⁶¹. Cette prudence découle notamment du fait que les droits linguistiques sont — comme nous l'avons déjà dit — de nature politique, contrairement aux autres droits et libertés de la *Charte*. La Cour suprême a notamment conclu que les parents de la langue minoritaire ont droit à une certaine maîtrise sur les établissements d'enseignement que fréquentent leurs enfants. La Cour a conclu que le droit à l'instruction dans la langue de la minorité garantit à ces parents le droit de gérer et de maîtriser une école de langue minoritaire, et qu'ils ont droit à des fonds publics suffisants à cette fin.

En 1992, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*⁶², la Cour suprême du Canada a déclaré que les exigences de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* s'appliquent aux décrets qui sont de nature législative. Elles s'appliquent également (à certaines conditions) aux documents incorporés par renvoi dans les lois de la législature manitobaine. La Cour a prolongé le délai pour se conformer au *Renvoi : Droits*

⁵⁹ *Ibid* aux pp 372-373.

⁶⁰ Maurice A Green, *The continuing saga of Litigation: Minority language Instruction*, 3 Education & LJ 204, 1990-1991 aux pp 211-212.

⁶¹ *Mahe*, *supra* note 27 à la p 365.

⁶² [1992] 1 RCS 212 [Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba].

linguistiques au Manitoba qu'elle avait rendu en 1985, et elle s'est prononcée sur la rétroactivité de certains textes unilingues adoptés précédemment par les autorités manitobaines.

Dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*⁶³, rendu en 2000, il était fondamentalement question du droit de gestion et de contrôle exercé par une commission scolaire de langue française relativement à l'emplacement des écoles de la minorité linguistique. Les juges Major et Bastarache, au nom de la Cour, ont réaffirmé le caractère réparateur de l'article 23 de la *Charte de 1982* de même que la norme de l'égalité réelle. Ils se sont notamment exprimés en ces termes :

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.

[...]

[L]art. 23 a un caractère réparateur. Il n'a pas pour objet de renforcer le statu quo par l'adoption d'une conception formelle de l'égalité qui viserait principalement à traiter de la même façon les groupes majoritaires et minoritaires de langue officielle; Mahe, précité, à la p. 378. L'utilisation de normes objectives pour évaluer les besoins des enfants de la minorité linguistique principalement par référence aux besoins pédagogiques des enfants de la majorité linguistique, ne tient pas compte des exigences particulières des titulaires des droits garantis par l'art. 23. Le ministre et la Section d'appel ont insisté à tort sur l'incidence de trois éléments sur l'égalité entre les deux communautés linguistiques : la durée des trajets en autobus, la taille des écoles et la qualité de l'enseignement. L'article

⁶³ *Arsenault-Cameron c Île-du-Prince Édouard*, 2000 CSC 1 [*Arsenault-Cameron*].

23 repose sur la prémisse que l'égalité réelle exige que les minorités de langue officielle soient traitées différemment, si nécessaire, suivant leur situation et leurs besoins particuliers, afin de leur assurer un niveau d'éducation équivalent à celui de la majorité de langue officielle. Avant d'approfondir cette question, il est toutefois important d'examiner brièvement la « justification par le nombre » dont il a été question en première instance et en appel.⁶⁴

En réalité, dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*, la Cour suprême a littéralement érigé l'article 23 de la *Charte* au rang de droit collectif, sans lui enlever toutefois sa dimension individuelle. Elle a fait des deux groupes linguistiques de langue officielle des partenaires égaux dans le secteur de l'éducation⁶⁵.

Ensuite, dans l'arrêt rendu en 2015 dans l'affaire *Conseil scolaire francophone du Yukon c. Yukon (P.G.)*⁶⁶, la Cour suprême du Canada, s'exprimant alors sous la plume de la juge Abella, a rappelé que les droits linguistiques reconnus par la *Charte* devaient être interprétés en tenant compte du caractère fédéral de l'État canadien. La Cour s'est exprimée comme suit :

L'article 23 de la *Charte* établit le cadre général des droits des citoyens canadiens à l'instruction dans la langue de la minorité : *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; voir aussi *Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen*, [2009] 3 R.C.S. 208, par. 23; *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, p. 82; *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 201, par. 5-10. Lorsque le nombre le justifie, les par. 23(1) et (2) confèrent à certains citoyens canadiens le droit de faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité de leur province ou territoire aux frais du gouvernement.

Cela dit, notre Cour a récemment confirmé que, même si « elle reconnaît l'importance des droits linguistiques, la *Charte* reconnaît par ailleurs l'importance du respect des pouvoirs constitutionnels des provinces » : *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, [2013] 2 R.C.S. 774, par. 56. Selon l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les législatures provinciales ont le pouvoir de décréter des lois relatives à l'éducation. Le fédéralisme demeure une caractéristique notable en matière de droits des minorités linguistiques. Comme l'a affirmé notre Cour dans l'arrêt *Solski*, qui confirmait une loi du Québec exigeant qu'un élève ait reçu la « majeure partie » de son enseignement en anglais pour pouvoir fréquenter une école de langue anglaise financée à même les fonds publics :

Étant donné que l'éducation est un chef de compétence provinciale, chacune des provinces a un intérêt légitime dans la prestation et la réglementation de services d'enseignement dans la langue de la minorité [...]

⁶⁴ *Ibid* aux para 27 et 31.

⁶⁵ *Ibid* au para 26.

⁶⁶ *Conseil scolaire francophone du Yukon c Yukon (PG)*, 2015 CSC 25.

[...] Le gouvernement provincial appelé à légiférer en matière d'éducation doit disposer de la latitude suffisante pour assurer la protection de la langue française tout en respectant les objectifs de l'art. 23. Comme l'a souligné le juge en chef Lamer dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, p. 851, « il peut bien être nécessaire d'adopter des méthodes d'interprétation différentes dans divers ressorts qui tiennent compte de la dynamique linguistique particulière à chaque province » [...].⁶⁷

Quelques mois plus tard, mais toujours en 2015, les juges Cromwell et Karakatsanis, s'exprimant alors au nom de quatre de leurs collègues, ont émis une opinion fort importante en matière de droits linguistiques, à l'occasion de l'arrêt *Caron*⁶⁸. Dans ce jugement, la Cour a conclu que la Constitution canadienne n'obligeait pas l'Alberta à édicter, imprimer et publier ses lois et règlements en français et en anglais. Elle a par ailleurs profité de l'occasion pour confirmer son arrêt *Mercurie*⁶⁹, où elle avait conclu à l'inexistence d'un droit constitutionnel au bilinguisme législatif en Saskatchewan. Sur la question plus particulière de l'interprétation des droits linguistiques, la Cour s'est notamment exprimée comme suit :

Il convient de donner une interprétation large et libérale aux documents constitutionnels (voir le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 23). De plus, d'importants principes directeurs s'appliquent à l'égard des droits linguistiques et de la protection des minorités. Les droits linguistiques doivent recevoir une interprétation téléologique qui apporte une solution de droit, « de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada » (*R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 25, citant le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839, p. 850; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*). Lorsqu'on examine les droits historiques concernant les minorités, il faut se rappeler que, même à l'époque de la Confédération, la protection des droits des minorités était considérée comme « un facteur essentiel dans l'élaboration de notre structure constitutionnelle » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 81, citant le *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54, p. 71).

Cependant, si importants soient-ils, ces principes ne peuvent avoir préséance sur le texte écrit de la Constitution (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 53). Comme l'explique la Cour, la Constitution « ne saurait être considérée comme un simple contenant, à même de recevoir n'importe quelle interprétation qu'on pourrait vouloir lui donner » (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 394; voir aussi *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur*

⁶⁷ *Ibid* aux paras 67-68.

⁶⁸ *Caron c Alberta*, 2015 CSC 56 [*Caron*].

⁶⁹ *R c Mercure*, [1988] 1 RCS 234.

général), [1994] 2 R.C.S. 41 (« *Chemin de fer de l'Île de Vancouver (Re)* »); P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 1550).

Comme le fait remarquer le juge Iacobucci dans l'arrêt *Chemin de fer de l'Île de Vancouver (Re)* : « Bien que les dispositions constitutionnelles doivent être susceptibles d'évoluer, l'interprétation en la matière doit néanmoins commencer par l'examen du texte de la loi ou de la disposition constitutionnelle en cause » (p. 88). Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236, notre Cour précise que les tribunaux n'ont pas « carte blanche pour inventer de nouvelles obligations sans rapport avec l'objectif original de la disposition en litige »; « [l']analyse » doit plutôt « être ancrée dans le contexte historique de la disposition ». ⁷⁰

Dans l'arrêt *Caron*, les juges dissidents Abella, Wagner et Côté étaient eux aussi d'avis qu'il y avait lieu de confirmer le principe de l'interprétation large des droits linguistiques qui se dégageait de l'arrêt *Beaulac*. Ils ont affirmé ceci :

En outre, une telle interprétation respecte le principe d'interprétation libérale expressément préconisé par notre Cour en matière de droits linguistiques. En effet, la Cour a jugé que les droits linguistiques doivent être interprétés à la lumière de leur objet et d'une façon qui soit compatible avec le maintien et l'épanouissement de ces droits (*R. c. Beaulac*; [1999] 1 R.C.S., 768, par.25). ⁷¹

En 2020, dans l'arrêt *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique*⁷², la Cour suprême du Canada a confirmé l'arrêt *Beaulac* en ce qui touche les principes suivants :

- Le compromis politique dont découlent les droits linguistiques n'a aucune incidence sur leur portée, à tout le moins en ce qui concerne l'article 23 de la *Charte de 1982*. Une interprétation libérale, compatible avec l'épanouissement des communautés linguistiques officielles, doit être favorisée⁷³.
- Les droits linguistiques ne peuvent être exercés que si les moyens en sont fournis par l'État ; ils requièrent, par définition, des dépenses initiales de la part de ce dernier⁷⁴.

⁷⁰ *Caron*, *supra* note 67 aux paras 35-37.

⁷¹ *Ibid* au para 232.

⁷² *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13 [*Conseil scolaire CB*].

⁷³ *Ibid* au para 18.

⁷⁴ *Ibid* au para 82.

- Une interprétation des droits linguistiques fondée sur leur objet ne peut être réalisée que par l'application de la norme de l'équivalence réelle⁷⁵.
- Enfin, pour que les droits linguistiques puissent faire des deux groupes linguistiques des partenaires égaux, les tribunaux doivent leur donner une interprétation fondée sur leur objet, lequel objet met en évidence leur véritable objectif qui est dans bien des cas de remédier à des injustices passées et de favoriser le développement de la minorité linguistique officielle⁷⁶. La Cour suprême a ajouté ce qui suit à cet égard :

Comme l'a confirmé la Cour, cette interprétation fondée sur l'objet suppose l'application de deux principes généraux. Premièrement, les réponses aux questions examinées dans le cadre de l'analyse fondée sur l'art. 23 « devraient idéalement être formulées en fonction de ce qui favorisera le mieux l'épanouissement et la préservation de la minorité linguistique francophone dans la province ». Deuxièmement, 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 » : *Renvoi relatif au Manitoba*, p. 850; voir également *Rose-des-vents*, par. 32; *Beaulac*, par. 25; *Renvoi relatif à la sécession*, par. 80; *Arsenault-Cameron*, par. 27.⁷⁷

Ceux et celles qui ont à cœur l'affirmation et l'épanouissement de la langue française ne peuvent que saluer avec enthousiasme le jugement rendu par la Cour suprême dans l'arrêt *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique*. En effet, la Cour suprême y a reconnu que les enfants qui étudient en français en Colombie-Britannique doivent recevoir la même qualité d'instruction que les anglophones, et qu'il existait un nombre suffisant d'enfants (francophones) pour justifier la construction de huit et peut-être même neuf nouvelles écoles.

À la lumière de toute la jurisprudence examinée ci-dessus, il ressort nettement que, selon la Cour suprême, les droits linguistiques doivent essentiellement faire l'objet d'une interprétation large et libérale de même que téléologique, c'est-à-dire d'une interprétation fondée sur leur objet et leur finalité première.

En ce qui nous concerne, nous admettons que l'interprétation des droits linguistiques doive s'inscrire dans une recherche de l'égalité réelle entre les deux langues officielles du Canada et qu'ils doivent participer du principe de la progression vers l'égalité de statut ou d'usage

⁷⁵ *Ibid* au para 240.

⁷⁶ *Ibid* au para 238.

⁷⁷ *Ibid* au para 239.

du français ou de l'anglais. Nous rappelons toutefois qu'il n'appartient pas aux cours de justice de créer de nouveaux droits linguistiques. Nous insistons du reste sur le fait que les droits linguistiques soient interprétés de manière différenciée et qu'ils soient appliqués en tenant compte du contexte particulier dans lequel ils s'inscrivent et fleurissent. En d'autres termes, nous croyons que, dans tous les cas, les droits linguistiques doivent être abordés, c'est-à-dire interprétés et appliqués, de façon modulable ou variable.

La progression vers l'égalité des droits linguistiques est assurément un noble objectif. Celui-ci est d'ailleurs consacré au paragraphe 16(3) de la *Charte*, tel que vu ci-dessus. Mais tendre vers l'égalité, cela peut impliquer de donner un statut spécial au français. Et cela, c'est sans compter le principe de l'égalité réelle, qui lui aussi devrait normalement favoriser l'octroi au français de protections spéciales et de mesures visant son renforcement. À titre d'exemple, au Québec, étant donné la vulnérabilité de la langue française, on peut dire que les mesures visant à renforcer cette langue participent de la « progression vers l'égalité » dont parle le paragraphe 16(3) de la *Charte de 1982*.

Pour ceux qui douteraient encore que l'on puisse concilier l'interprétation large et libérale avec l'interprétation contextuelle, nous nous permettons de renvoyer à un texte publié par la professeure Mélanie Samson, dans lequel elle a notamment affirmé ce qui suit :

En somme, dans la mesure où ils s'inscrivent tous deux dans une approche finaliste, le principe de l'interprétation large et libérale et la méthode contextuelle peuvent être considérées comme des procédés d'interprétation menant nécessairement à des résultats convergents.⁷⁸

L'analyse de type contextuel que nous préconisons implique que, au Canada, l'on tienne compte de l'aspect asymétrique de l'environnement socio et démolinguistique particulier à ce pays. Car, il va sans dire, le français et l'anglais n'y sont pas sur un pied d'égalité. La langue française est menacée, même au Québec. La fausse égalité que postulent l'article 133 de la loi de 1867 et la *Charte de 1982* ne résiste pas à l'analyse des faits. La langue française a besoin d'un appui spécial au Québec par rapport à l'anglais ; elle a besoin de mesures de resserrement et de consolidation.

Pris isolément, le principe de l'interprétation large des droits linguistiques comporte le risque que ne soit pas prise en compte la situation tout à fait spéciale du français au Québec, en tant que langue en régression, voire en déclin. À tout le moins, il s'agit d'une langue

⁷⁸ Mélanie Samson « *Interprétation large et libérale et interprétation contextuelle : convergence ou divergence?* », 2008 49 : 2 C de D 297 à la p 318.

fragilisée et amoindrie. Nous en appelons donc à une interprétation et une application asymétriques des droits linguistiques. Qu'une interprétation large de ces droits prévale en ce qui concerne les francophones vivant en milieu minoritaire, mais qu'une interprétation plus restrictive leur soit donnée lorsqu'il est question du Québec !

Chapitre 3. Le principe constitutionnel sous-jacent de la protection des minorités

Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁷⁹, la Cour suprême a rappelé l'existence au Canada d'un certain nombre de principes constitutionnels sous-jacents⁸⁰. Selon la Cour, ces principes fonctionnent en symbiose et dictent des aspects majeurs de la structure ou architecture fondamentale de la Constitution canadienne. Ils guident l'interprétation que font les tribunaux du texte de la Constitution et peuvent même servir à combler les vides des dispositions explicites des textes constitutionnels. Ils lient les tribunaux et les gouvernements et sont investis d'une véritable force normative, en ce sens qu'ils ont plein effet sur le plan juridique et peuvent entraîner des obligations substantielles⁸¹.

De ce fait, les principes constitutionnels sous-jacents servent non seulement à l'interprétation de la Constitution elle-même, mais aussi à celle de tout le droit positif et même à celle de la justice naturelle ou fondamentale.

Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*⁸², la Cour suprême a statué que le préambule de la loi de 1867 « invit[ai]t les tribunaux à transformer ces principes en prémisses d'une thèse constitutionnelle qui am[enait] à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel ».

Toutefois, dans l'arrêt *N.B. Broadcasting*⁸³, la juge McLachlin devait préciser ce qui suit :

Toutefois, on soutient que nous avons au Canada poussé la rédaction des textes constitutionnels au point où on ne peut plus dire que les concepts non écrits ont leur place dans notre Constitution. J'affirme immédiatement que je partage le souci du Juge en chef que des concepts non écrits ne soient pas transposés librement dans un régime constitutionnel qui a abouti à une constitution écrite. Je souligne également que d'éminents auteurs appuient une façon prudente d'aborder la reconnaissance de pouvoirs constitutionnels non écrits ou inexprimés. Pourtant, la question n'est pas susceptible de

⁷⁹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 [*Renvoi sur la sécession*].

⁸⁰ Les principes sous-jacents sont aussi nommés principes non-écrits, implicites ou inhérents.

⁸¹ Sur la nature des principes constitutionnels dits sous-jacents, voir *ibid* aux paras 49-54.

⁸² *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 RCS 3 au para 104 [*Renvoi rémunération des juges*].

⁸³ *New Brunswick Broadcasting Co c Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 RCS 319.

faire l'objet d'exclusions catégoriques, comme l'indique l'analyse qu'en fait le professeur Hogg.⁸⁴

Parmi les quelques principes sous-jacents dont la Cour suprême du Canada a reconnu l'existence, figure la protection des minorités⁸⁵. Ce principe peut évidemment s'appliquer dans de multiples contextes, mais il en est un qui nous intéresse ici tout particulièrement, et c'est le contexte linguistique.

Soulignons d'emblée que ce principe comporte son lot de risques et même d'incertitudes en ce qui touche son application à l'égard de la langue française au Québec. Il est relativement ambigu. Ce que l'on en sait jusqu'à présent, c'est que — à l'instar des autres principes implicites dont la Cour suprême a constaté et confirmé l'existence — le principe de la protection des minorités peut servir à combler un vide juridique ou à interpréter d'autres normes constitutionnelles⁸⁶. Il ne peut toutefois pas, pour le moment, être appliqué pour invalider des lois, ainsi que l'a établi la Cour suprême du Canada dans le récent arrêt *Toronto c. Ontario*⁸⁷.

En effet, dans cet arrêt, les juges majoritaires, s'exprimant alors sous la plume du juge en chef Wagner et du juge Brown, se sont entre autres exprimés comme suit :

En effet, les principes constitutionnels non écrits ne sont pas des « dispositions [de la Constitution] ». Leur effet juridique réside dans leur énoncé de principes généraux dans le cadre duquel fonctionne notre ordre constitutionnel et, en conséquence, dans le cadre duquel il faut donner effet aux termes écrits de la Constitution, qui sont ses dispositions.

[...]

Chaque fois que l'on a tenté de faire jouer ce rôle à des principes constitutionnels non écrits à titre de fondement indépendant pour invalider des mesures législatives, que ces principes aient été invoqués seuls ou en combinaison, les tribunaux ont conclu à des insuffisances sur les plans normatif et pratique, liées l'une à l'autre, permettant chacune de faire échec à la tentative.

⁸⁴ *Ibid* aux pages 375-376.

⁸⁵ D'autres principes sous-jacents ont également été posés par la Cour suprême du Canada, comme la démocratie, le fédéralisme, la primauté du droit, le constitutionnalisme, l'indépendance judiciaire, le parlementarisme de type britannique, le principe du gouvernement responsable et la liberté de parole. Sur ce point, voir *Fraser c Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28; le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 RCS 212; *Ontario c SEFPO*, [1987] 2 RCS 2 [SEFPO]; le *Renvoi sur la rémunération des juges*, *supra* note 81; le *Renvoi sur la sécession*, *supra* note 78.

⁸⁶ *Toronto (Cité) c Ontario (PG)*, 2021 CSC 34 particulièrement aux paras 55, 56 et 64 à 66 [Toronto].

⁸⁷ *Ibid* particulièrement aux paras 50 à 63, 66-67, 69 à 72 et 75.

[...]

En résumé, et contrairement aux prétentions de la Ville, on ne peut pas se fonder sur les principes constitutionnels non écrits pour invalider des mesures législatives. Un examen minutieux de la jurisprudence de la Cour étaye cette conclusion.⁸⁸

Notons, en passant, que ce dernier arrêt est intéressant à plusieurs égards. En effet, la Cour suprême en a profité pour confirmer qu'il n'appartenait pas aux tribunaux de modifier la Constitution, puisqu'ils ne disposent pas du pouvoir constituant⁸⁹. La Cour a également rappelé que la reconnaissance des principes non écrits au même titre que les textes constitutionnels eux-mêmes risquerait de compromettre la délimitation des droits établie par les autorités constituantes⁹⁰. Enfin, la Cour a carrément rejeté le recours à des principes constitutionnels non écrits pour contourner l'application de l'article 33 de la *Charte*⁹¹. À cet égard, la Cour a notamment affirmé ceci :

En outre, si une cour devait se fonder, en tout ou en partie, sur des principes constitutionnels non écrits pour invalider des mesures législatives, les conséquences de cette erreur judiciaire seraient particulièrement importantes en raison de deux dispositions de notre *Charte*. Premièrement, l'art. 33 garantit un droit de dérogation législative limité. En conséquence, lorsqu'une cour invalide une mesure législative en se fondant sur l'al. 2b) de la *Charte*, la législature peut continuer à donner effet à sa compréhension de ce qu'exige la Constitution en invoquant l'art. 33 et en respectant les conditions qui y sont énoncées (D. Newman, « Canada's Notwithstanding Clause, Dialogue, and Constitutional Identities », dans G. Sigalet, G. Webber et R. Dixon, dir., *Constitutional Dialogue : Rights, Democracy, Institutions* (2019), 209, p. 232). Cependant, si une cour devait se fonder *non pas* sur l'al. 2b) mais *plutôt* sur un principe constitutionnel non écrit pour invalider des mesures législatives, cet aspect indéniable du compromis constitutionnel serait effectivement annulé, puisque l'art. 33 s'applique pour permettre à des mesures législatives d'avoir effet « indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 » *uniquement*. Deuxièmement, l'article premier fournit à l'État une assise pour justifier des limites apportées aux « droits et libertés qui [. . .] sont énoncés » dans la *Charte*. Les principes constitutionnels non écrits, du fait qu'ils sont *non écrits*, ne sont pas « énoncés » dans la *Charte*. En conséquence, une conclusion selon laquelle de tels

⁸⁸ *Ibid* aux paras 54, 57 et 63.

⁸⁹ *Ibid* au para 58. Notons que le principe constitutionnel sous-jacent de la protection des minorités n'a jamais été interprété par la Cour suprême du Canada jusqu'à présent comme comportant un droit linguistique que la Constitution ne prévoit pas formellement et explicitement. Certes, la Cour d'appel de l'Ontario s'est servie de ce principe comme assise d'un contrôle judiciaire et pour l'interprétation d'une loi ontarienne à l'occasion de l'affaire *Lalonde c Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, [2001] OJ No 4768. Mais, de son côté, la Cour d'appel du Québec a refusé — avec raison croyons-nous — de l'utiliser pour faire naître un prétendu droit des anglophones du Québec de protéger les municipalités où ils sont majoritaires contre une fusion forcée, dans l'affaire *Westmount (ville de) c Québec (PG)*, [2001] RJQ 2520.

⁹⁰ *Toronto, ibid* au para 59. Voir aussi *Colombie-Britannique c Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49 au para 65.

⁹¹ *Toronto, ibid* au para 61.

principes pourraient fonder une conclusion de violation constitutionnelle ne conférerait aucun mécanisme de justification équivalant à l'État.⁹²

Il n'en reste toutefois pas moins que l'on ne sait pas quel sens la Cour suprême donnera au principe de la protection des minorités dans l'avenir. D'ailleurs, dans *Toronto c. Ontario*, quatre juges étaient plutôt d'avis que les principes constitutionnels non écrits permettaient de soutenir une déclaration d'invalidité d'un texte de loi. Ils se sont notamment exprimés comme suit :

La conséquence inéluctable de décennies de reconnaissance par la Cour que les principes constitutionnels non écrits ont « plein effet juridique » et « posent des limites substantielles » à toutes les branches de gouvernement est que, dans les causes adéquates, ils peuvent bel et bien continuer à servir, comme ils l'ont fait dans le passé, de fondement permettant de déclarer un texte de loi inconstitutionnel (*Renvoi relatif à la sécession*, par. 54; voir aussi *Elliot*, p. 95; (A.) J. Johnson, « The Judges Reference and the Secession Reference at Twenty : Reassessing the Supreme Court of Canada's Unfinished Unwritten Constitutional Principles Project » (2019), 56 *Alta. L. Rev.* 1077, p. 1082; P. Bobbitt, *Constitutional Fate : Theory of the Constitution* (1982)). Il n'est donc pas nécessaire de limiter le rôle des principes constitutionnels non écrits et de déclarer, comme jamais auparavant, que leur plein effet juridique n'inclut pas l'aptitude, dans les circonstances appropriées, d'invalider un texte de loi inconstitutionnel.⁹³

En outre, dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*⁹⁴, la Cour suprême du Canada est parvenue à la conclusion que l'abolition de la Chambre haute constituerait une modification à la structure fondamentale de la partie V de la loi de 1982⁹⁵. Elle a par conséquent appliqué l'alinéa 41e) de cette loi, lequel requiert l'unanimité pour les

⁹² *Ibid* au para 60.

⁹³ *Ibid* au para 185.

⁹⁴ *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32 [*Renvoi relatif à la réforme du Sénat*].

⁹⁵ *Ibid*. Selon la Cour suprême du Canada, l'abolition de la Chambre haute modifierait la dynamique de l'ensemble de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, notamment en mettant fin à son veto suspensif découlant de l'article 47 de cette loi. La Cour s'est exprimée comme suit, au paragraphe 110 : La révision des modifications constitutionnelles par une chambre haute est un élément essentiel des procédures de modification prévues à la partie V. Le Sénat joue un rôle dans toutes ces procédures, exception faite de la procédure unilatérale provinciale. Le processus de modification constitutionnelle dans un régime unicaméral différerait, au plan qualitatif, du processus actuel. Il y aurait un acteur de moins dans le processus, et un mécanisme de contrôle disparaîtrait. Il faudrait décider si la procédure de modification peut être suivie en sa forme actuelle dans le cadre d'un régime unicaméral, ou si elle devrait être modifiée pour prévoir un nouveau mécanisme de contrôle exerçant la fonction autrefois assumée par la chambre haute. Ces questions se rapportent au fonctionnement de la formule de modification constitutionnelle et, à ce titre, selon l'al. 41e) de la Loi constitutionnelle de 1982, le consentement unanime du Parlement et des provinces est requis.

modifications à la partie V en question. Il s'agit donc d'un cas précis où la Cour a donné une portée considérable au fameux concept de « structure fondamentale »⁹⁶.

Dès lors, on peut penser que, un jour, le concept de la « structure ou architecture fondamentale du Canada » ou le principe constitutionnel implicite de la « protection des minorités » servira à invalider des initiatives législatives qui, comme la loi 96, cherche à assurer l'essor de la langue française au Québec. Nul ne le sait. On peut tout simplement supputer les chances que cela se produise.

Parlant justement de la loi 96, elle constitue, selon nous, une réponse modérée et pondérée à la régression de la langue française même au Québec. Nous souscrivons aux objectifs qu'elle poursuit, tel que nous l'avons laissé entendre dans l'introduction du présent texte. Nous émettons néanmoins des réserves par rapport à la constitutionnalité de certaines de ses dispositions. C'est d'ailleurs cette question que nous entendons aborder dès maintenant.

II) La constitutionnalité de certaines des mesures contenues dans la loi 96

Il est bon de rappeler d'entrée de jeu que la loi 101 a été invalidée en partie à plusieurs reprises par les tribunaux⁹⁷. D'ailleurs, dans l'arrêt *Ford*, la Cour suprême du Canada en est venue à la conclusion qu'il n'avait pas été démontré que l'interdiction, par les articles 58 et 69 de cette charte de l'emploi d'une langue autre que le français était nécessaire pour défendre et pour améliorer la situation de la langue française au Québec, ni qu'elle était proportionnée à cet objectif législatif⁹⁸. Pour reprendre les mots de la Cour :

Puisque la preuve soumise par le gouvernement indique que la prédominance de la langue française ne se reflétait pas dans le "visage linguistique" du Québec, les mesures prises par le gouvernement auraient pu être conçues spécifiquement pour régler ce problème précis tout en restreignant le moins possible la liberté d'expression. Alors qu'exiger que la langue française prédomine, même nettement, sur les affiches et les enseignes serait proportionnel à l'objectif de promotion et de préservation d'un "visage linguistique" français au Québec et serait en conséquence justifié en vertu des Chartes québécoise et canadienne, l'obligation d'employer exclusivement le français n'a pas été justifiée. On pourrait exiger que le français accompagne toute autre langue ou l'on pourrait exiger qu'il soit plus en évidence que d'autres langues. De telles mesures permettraient que le "visage linguistique" reflète la situation démographique du Québec où la langue prédominante est le français. Cette réalité devrait être communiquée à tous, citoyens et non-citoyens, quelle que soit leur langue

⁹⁶ *Ibid* au para 107. Voir aussi les paras 3, 27, 48, 53, 54, 59, 60, 63, 70, 77, 97 et 106.

⁹⁷ *Blaikie no 1*, *supra* note 32; *Ford*, *supra* note 53; *Solski*, *supra* note 21; *Nguyen c Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2009 CSC 47.

⁹⁸ *Ford*, *ibid* au para 73.

maternelle. Cependant, l'usage exclusif du français ne résiste pas à l'examen fondé sur le critère de la proportionnalité et ne reflète pas la réalité de la société québécoise.⁹⁹

Soulignons que la Cour suprême utilise ici un critère de nécessité pour appliquer l'article premier de la *Charte de 1982*, ce qui est un critère encore plus exigeant que celui qu'elle a retenu dans l'arrêt *Oakes*¹⁰⁰. Plus exactement, la Cour mélange le critère de la nécessité et le critère de l'atteinte minimale (« tout en restreignant le moins possible la liberté d'expression »)¹⁰¹. La Cour suprême n'aurait peut-être pas appliqué le critère de la nécessité si l'article 33 de la *Charte* n'avait pas pu trouver application en l'espèce.

Quoi qu'il en soit, la question se pose de savoir si la loi 96 connaîtra le même sort de la part des tribunaux que la loi 101 elle-même. À cet égard, quelques-unes des mesures prévues par la loi 96 nous intéressent plus particulièrement en ce qui touche leur constitutionnalité. Il s'agit essentiellement des dispositions ayant trait à la langue de la justice et de la législation de même que certaines mesures que l'on pourrait qualifier de connexes ou d'accessoires à ces dernières dispositions.

Afin d'examiner la constitutionnalité de ces dispositions ou mesures, il est impérieux que nous revenions dans un premier temps sur l'interprétation qui a été donnée jusqu'à présent ou qui est susceptible d'être donnée éventuellement à l'article 133 de la loi de 1867 (chapitre 1). À la lumière de cette étude, nous analyserons le caractère constitutionnel ou non des dispositions susmentionnées de la loi 96 (chapitre 2).

Chapitre 1. L'interprétation de l'article 133 de la loi de 1867

Parmi les Résolutions qui furent approuvées à l'occasion de la Conférence de Québec de 1864, on note la Résolution 46, qui est devenue la Résolution 45 lors de la Conférence de Londres de 1866. Elle se lisait ainsi :

Les langues anglaise et française pourront être simultanément employées dans les délibérations du Parlement fédéral ainsi que dans la législature du Bas-Canada, et aussi dans les cours fédérales et les cours du Bas-Canada.¹⁰²

Au moment de l'adoption de la loi de 1867, cette mesure est devenue l'article 133, lequel dispose :

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *R v Oakes*, [1986] 1 RCS 103.

¹⁰¹ Voir, par exemple, l'arrêt *Ford*, *supra* note 53 au para 73, où la Cour suprême du Canada dit ceci : « Toutefois, les documents se rapportant à l'article premier et à l'art 9.1 n'établissent pas que l'exigence de l'emploi exclusif du français est nécessaire pour atteindre l'objectif législatif ni qu'elle est proportionnée à cet objectif ».

¹⁰² *Jones*, *supra* note 30 à la p 194.

Dans les chambres du parlement du Canada et les chambres de la législature de Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif; mais dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par-devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada qui seront établis sous l'autorité de la présente loi, et par-devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de Québec, il pourra être fait également usage, à faculté, de l'une ou de l'autre de ces langues.

Les lois du parlement du Canada et de la législature de Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues.¹⁰³

Dans le présent chapitre, nous examinerons successivement les points suivants : A) la nature et la portée de l'article 133; B) l'apport de l'équité procédurale dans l'interprétation de l'article 133; C) l'interprétation large de l'article 133, fondée notamment sur le principe de l'égalité réelle; D) l'interprétation potentiellement évolutive de l'article 133; et E) l'interprétation de l'article 133 à la lumière du principe de l'indépendance judiciaire.

A) La nature et la portée de l'article 133

L'article 133 de la loi de 1867 résulte d'un compromis historique, intervenu entre les Pères de la fédération canadienne au moment de la naissance du Canada. Il n'en reste toutefois pas moins que ce compromis n'a pas été fondé sur un rapport de force égalitaire. En effet, l'article 133 doit être vu comme étant le résultat de concessions faites face à une pression canadienne anglaise et britannique importante et non comme le résultat d'un compromis consenti librement.

L'article 133 de la loi de 1867 est composé d'un volet fédéral et d'un volet québécois. Ceux-ci constituent les deux côtés d'une seule et même médaille. Ils sont intangibles, en ce sens qu'ils échappent aux pouvoirs unilatéraux de modification constitutionnelle du Parlement canadien et de l'Assemblée nationale du Québec. Comme devait l'affirmer la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Blaikie n° 2* :

Le statut de l'anglais et du français devant les tribunaux du Québec au sens de l'art. 133 de l'A.A.N.B. révèle une pratique continue qui remonte presque au début du régime britannique. Depuis 1774, l'anglais et le français ont été en usage devant les tribunaux ainsi que dans leurs procédures et brefs. (Cependant, une ordonnance de 1785 prescrivait la signification des brefs d'assignation dans la langue du défendeur dans toutes les causes où la valeur en litige était d'au plus 10£ et dans certaines causes où cette valeur était supérieure

¹⁰³ La loi 101, *supra* note 43, établit par ailleurs que « toute personne peut employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux du Québec et dans tous les actes de procédures qui en découlent » : Art 7(4) de la loi 101. Notons du reste que les dispositions de l'article 133 de la loi de 1867 sont reprises aux articles 17, 18 et 19 de la loi de 1982, mais ils ne concernent alors que l'ordre fédéral de gouvernement. Ils ne touchent donc pas le Québec. Voilà pourquoi ils ne seront pas considérés dans le cadre de la présente analyse de la constitutionnalité de certaines des mesures contenues dans la loi 96.

à 10£ (1785, 25 Geo. III, chap. 2). Cette ordonnance a été abrogée en 1801 (1801, 41 Geo. III, chap. 7)).

L'usage de la langue française ne s'est pas fait sans contestation. Il a été reconnu par une formation de quatre juges de la Cour du Banc du Roi dans *Rex v. Talon* (il s'agit d'un arrêt de 1812 dont la publication est tirée des archives privées d'un des juges : Maréchal Nantel, « La langue française au Palais », (1945) 5 R. du B. 201, aux pp. 203 et 204) mais on trouve des décisions en sens contraire rendues par un seul juge (*Hamel v. Joseph*, un jugement de 1827 publié à 1847-48, 3 R. de L. 400; Maréchal Nantel, précité, à la p. 205.) L'usage de la langue anglaise a été considéré comme allant de soi.

Le français a cessé d'être reconnu comme langue officielle de 1840 à 1846 en vertu de l'art. 41 de l'Acte d'Union, 1840 (1840 (R.-U.), chap. 35), mais il a continué d'être utilisé devant les tribunaux au même titre que l'anglais, comme on peut le constater à la lecture des décisions publiées de l'époque, notamment dans la *Revue de Législation et de Jurisprudence*.¹⁰⁴

Depuis l'arrêt *Jones*, il est bien établi qu'il est possible pour les législateurs fédéral et québécois d'ajouter à l'article 133 :

À coup sûr, ce que l'art. 133 lui-même donne ne peut être enlevé par le Parlement du Canada, mais si ses dispositions sont respectées il n'y a rien dans cet article-là ou ailleurs dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique (réservant pour plus tard l'étude du par. (1) de l'art. 91) qui empêche l'octroi de droits ou privilèges additionnels ou l'imposition d'obligations additionnelles relativement à l'usage de l'anglais et du français, si cela est fait relativement à des matières qui relèvent de la compétence de la législature légiférant en ce sens.

[l'article 133] a été, selon moi, décrit à bon droit comme donnant à toute personne un droit constitutionnel de se servir de l'anglais ou du français dans les débats législatifs des chambres du Parlement du Canada et de la législature de Québec et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par-devant les tribunaux fédéraux et les tribunaux du Québec, ou émanant d'eux, et comme imposant l'obligation d'employer la langue anglaise et la langue française dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs des chambres du Parlement du Canada et de la législature de Québec ainsi que dans l'impression et la publication des lois du Parlement du Canada et de la législature de Québec. Rien ne permet d'interpréter cette disposition [...] comme fixant en définitive pour le Canada, le Québec et toutes les autres provinces, de façon finale et législativement inaltérable, les limites de l'usage privilégié ou obligatoire du français et de l'anglais dans les procédures, institutions et communications publiques. Textuellement, l'art. 133 prévoit une protection spéciale de l'usage de l'anglais et du français ; il n'y a, dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, aucune autre disposition se rapportant au Parlement du Canada (le par. (1) de l'art. 91 mis à part) qui traite de la langue comme matière législative ou autre chose. Je suis incapable de comprendre la prétention selon laquelle l'extension législative de l'usage public, privilégié ou requis, de l'anglais et du français serait une violation de l'art. 133 lorsqu'elle ne va pas à l'encontre de la protection spéciale que

¹⁰⁴ *Blaikie no 2, supra* note 38 aux pp 330-331.

l'article prescrit. À cet égard, je me réfère particulièrement au par. (4) de l'art. 11 de la Loi sur les langues officielles, déjà cité.¹⁰⁵

L'article 133 s'applique notamment à l'ensemble des institutions qui exercent un pouvoir judiciaire, qu'elles soient appelées tribunaux, cours ou organismes ayant pouvoir de rendre la justice¹⁰⁶. Il s'applique à tout justiciable, qu'il soit partie ou témoin. Il s'applique aussi aux juges. En effet, l'anglais ou le français peut être utilisé en ce qui a trait à la publication des jugements et ordonnances des institutions visées par l'article 133, comme il a été décidé dans l'arrêt *Blaikie* n° 1 :

Il s'ensuit que la garantie qu'accorde l'art. 133 quant à l'utilisation du français ou de l'anglais « dans toute plaidoirie ou pièce de procédure... par-devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de Québec » s'applique tant aux cours ordinaires qu'aux autres organismes ayant pouvoir de rendre la justice. Ainsi, non seulement les parties à des procédures devant les cours du Québec ou ses autres organismes ayant pouvoir de rendre la justice (et cela comprend les plaidoiries écrites et orales) ont-elles le choix d'utiliser l'une ou l'autre langue, mais les documents émanant de ces organismes ou émis en leur nom ou sous leur autorité peuvent être rédigés dans l'une ou l'autre langue et ce choix s'étend au prononcé et à la publication des jugements ou ordonnances.¹⁰⁷

Même chose dans l'arrêt *Blaikie* n° 2 :

De plus, comme l'a noté le juge en chef Deschênes de la Cour supérieure (à la p. 49 de ses motifs), ce droit fondamental [de choisir le français ou l'anglais] est également assuré aux juges qui sont libres de s'adresser aux plaideurs dans la langue de leur choix.¹⁰⁸

Il est clair que l'article 133 de la loi de 1867 s'inscrit dans la poursuite de l'égalité du français et de l'anglais dans l'ordre fédéral de gouvernement et au Québec, en ce qui touche la langue des lois, des débats parlementaires, des registres, procès-verbaux et journaux des chambres ainsi que des tribunaux. De fait, l'objet de l'article 133 est fondé sur l'égalité¹⁰⁹. En d'autres termes, l'article 133 présuppose, de façon sous-jacente, un exercice égal des

¹⁰⁵ *Jones, supra* note 30 aux pp 192-193.

¹⁰⁶ *Blaikie* no 1, *supra* note 32 à la p 1030.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Blaikie* no 2, *supra* note 38 à la p 333. L'article 133 permet au juge de choisir l'anglais ou le français en ce qui touche la rédaction ou le prononcé de ses jugements et ordonnances : *Blaikie* no 1, *supra* note 32 la p 1029. C'est également le cas lorsque le juge s'adresse aux plaideurs : *Blaikie* no 2, *supra* note 38 à la p 333, où le juge en chef Laskin a dit que « (...) comme l'a noté le juge en chef Deschênes de la Cour supérieure (à la p 49 de ses motifs), ce droit fondamental est également assuré aux juges qui sont libres de s'adresser aux plaideurs dans la langue de leur choix ». Dans l'arrêt *MacDonald*, la Cour suprême a affirmé ce qui suit : « [L]a seconde, c'est la nécessité de sauvegarder le droit qu'ont tous les justiciables et tous les juges de s'adresser à leurs interlocuteurs dans la langue de leur choix dans les procédures et pièces de procédure judiciaires ». Pour cette citation, voir *MacDonald, supra* note 43 à la p 485.

¹⁰⁹ Voir le juge en chef Dickson dans *Société des Acadiens, supra* note 24 à la p 563, alors dissident sur la question constitutionnelle. Voir aussi le juge Bastarache, au nom de six de ses collègues, dans *Beaulac, supra* note 14 à la p 786.

droits qu'il confère¹¹⁰. Cependant, l'article 133 ne constitue pas une garantie globale destinée à assurer l'égalité linguistique complète, mais plutôt un compromis politique limité, destiné à assurer un certain niveau d'harmonie¹¹¹. D'ailleurs, l'article 133 impose un double standard, en exigeant une forme limitée — mais néanmoins appréciable — de bilinguisme au Québec, mais pas aux autres provinces. Cela est dû au fait que les francophones étaient moins nombreux et moins influents que les anglophones au moment de la fondation du Canada. Cet état de fait a perduré jusqu'à aujourd'hui et ne fera que s'amplifier dans l'avenir.

Dans l'arrêt *Société des Acadiens*, le juge Beetz a affirmé ce qui suit, au nom de quatre de ses collègues :

À mon sens, les droits que garantit le par. 19(2) de la *Charte* sont de même nature et portée que ceux garantis par l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en ce qui concerne les tribunaux du Canada et ceux du Québec. Comme le conclut la Cour à la majorité, aux pp. 498 à 501 de l'arrêt *MacDonald*, il s'agit essentiellement de droits linguistiques qui n'ont aucun rapport avec les exigences de justice naturelle et qui ne doivent pas être confondus avec celles-ci. Ces droits linguistiques sont les mêmes que ceux qui sont garantis par l'art. 17 de la *Charte* relativement aux débats du Parlement. Ils appartiennent à l'orateur, au rédacteur ou à l'auteur des actes de procédure d'un tribunal, et ils confèrent à l'orateur ou au rédacteur le pouvoir, consacré dans la Constitution, de parler ou d'écrire dans la langue officielle de leur choix. En outre, ni l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ni l'art. 19 de la *Charte* ne garantissent, pas plus que l'art. 17 de la *Charte*, que la personne qui parle sera entendue ou comprise dans la langue de son choix ni ne lui confèrent le droit de l'être.¹¹²

Il ressort donc du jugement du juge Beetz dans l'arrêt *Société des Acadiens* que les tribunaux n'ont pas à être bilingues pour satisfaire aux exigences de l'article 16 et du paragraphe 19(2) de la *Charte*¹¹³. Le recours à un interprète suffit. Rappelons cependant

¹¹⁰ Nous reviendrons plus loin sur le caractère égalitaire de l'article 133 de la loi de 1867.

¹¹¹ Voir à cet égard le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, *supra* note 61 à la p 222, alors que la Cour suprême du Canada parlait de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, SRC 1970, app. II. Cela est également applicable à l'article 133 de la loi de 1867.

¹¹² *Société des Acadiens*, *supra* note 24 aux pp 574-575. Voir aussi à la p 580 : « Je ne crois pas que ma façon d'interpréter le par. 19(2) de la *Charte* enfreint la disposition de l'art. 16 en matière d'égalité. L'une ou l'autre langue officielle peut être employée par n'importe quelle personne devant tout tribunal du Nouveau-Brunswick ou dans toutes les affaires devant un tel tribunal et dans tous les actes de procédure qui en découlent. La garantie d'égalité des langues n'est toutefois pas une garantie que la langue officielle utilisée sera comprise par la personne à qui s'adresse la plaidoirie ou la pièce de procédure. Cependant, avant d'en finir avec cette question d'égalité, je tiens à faire remarquer que si on devait conclure que le droit d'être compris dans la langue officielle employée devant un tribunal constitue un droit linguistique régi par la disposition en matière d'égalité de l'art. 16, on ferait un grand pas vers l'adoption d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être satisfait que par des tribunaux bilingues. Pareille exigence aurait des conséquences d'une portée incalculable et constituerait en outre un moyen étonnamment détourné et implicite de modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives à la magistrature ».

¹¹³ Les commentaires faits sur le paragraphe 19(2) de la *Charte* par le juge Beetz dans l'arrêt *Société des Acadiens*, *ibid*, s'appliquent *mutatis mutandis* à l'article 133 de la loi de 1867; *Charte*, *supra* note 10.

que l'arrêt *Société des Acadiens* a été écarté par l'arrêt *Beaulac*, dans la mesure précisément où il préconise une interprétation restrictive des droits linguistiques¹¹⁴.

Dans l'arrêt *MacDonald*, le juge Beetz a soutenu, au nom de quatre de ses collègues, l'idée voulant que l'article 133 représente un compromis de portée limitée. De surcroît, d'ajouter le juge Beetz, il n'appartient pas aux tribunaux de compléter ni de retoucher cette disposition. Le juge Beetz s'est exprimé en ces termes :

L'article 133 a introduit non pas un programme ou système de bilinguisme officiel global, même en puissance, mais plutôt une forme limitée de bilinguisme obligatoire au niveau législatif, combinée à une forme encore plus limitée d'unilinguisme optionnel, au choix de la personne qui s'exprime dans les débats parlementaires ou dans une instance judiciaire, ainsi que du rédacteur ou de l'auteur de procédures ou de pièces de procédure judiciaires. On peut peut-être dire que ce système limité facilite jusqu'à un certain point la communication et la compréhension, mais dans cette mesure seulement, et il ne garantit pas que l'orateur, le rédacteur ou l'auteur de procédures ou de pièces de procédure sera compris dans la langue de son choix par ceux à qui il s'adresse.

Ce système incomplet mais précis représente un minimum constitutionnel résultant d'un compromis historique intervenu entre les fondateurs quand ils se sont entendus sur les modalités de l'union fédérale. (...) C'est un système qui, du fait qu'il constitue un minimum constitutionnel, et non un maximum, peut être complété par des lois fédérales et provinciales, comme on l'a conclu dans l'arrêt *Jones*. Et c'est un système qui, bien entendu, peut être changé par voie de modification constitutionnelle. Mais il n'appartient pas aux tribunaux, sous le couvert de l'interprétation, d'améliorer ce compromis constitutionnel historique, d'y ajouter ou de le modifier.¹¹⁵

L'article 133 n'est donc pas un code linguistique complet. Il n'est qu'un embryon de bilinguisme¹¹⁶. Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*¹¹⁷, la juge Wilson a toutefois fait remarquer qu'« il doit tout de même être loisible à la Cour d'insuffler la vie à un compromis clairement exprimé »¹¹⁸.

De fait, l'article 133 de la loi de 1867 a fait jusqu'à présent l'objet d'une interprétation relativement ambivalente, allant de l'interprétation restrictive à l'interprétation large. En effet, la portée de cette disposition est *a priori* limitée aux chambres du Parlement du Canada et de la législature du Québec et à leurs lois ainsi qu'aux tribunaux fédéraux et aux

¹¹⁴ Sur ce point, voir *Beaulac*, *supra* note 14 à la p 791 : « [d]ans la mesure où l'arrêt *Société des Acadiens c Association of Parents* (...) préconise une interprétation restrictive des droits linguistiques, il doit être écarté ».

¹¹⁵ *MacDonald*, *supra* note 43 à la p 496.

¹¹⁶ Le professeur Gerald-A Beaudoin a fait remarquer, dans son article intitulé « Le décor historique et constitutionnel » dans RGD, Montréal, *Érudit* (1983), que l'article 133 « (...) n'a pas introduit dans notre constitution un concept véritable de langues officielles. Il faisait plutôt état d'un embryon de bilinguisme ». Voir aussi *Solski*, *supra* note 21 au para 4.

¹¹⁷ *An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 RCS 1148.

¹¹⁸ *Ibid* au para 29.

tribunaux du Québec. Par contre, la Cour suprême du Canada a, dans *Blaikie n° 1* et *Blaikie n° 2*, reconnu que le système de bilinguisme instauré par l'article 133 de la loi de 1867 comportait des implications nécessaires quant à certaines formes de législation déléguée.

Il ne faut pas non plus négliger l'apport de la justice naturelle et de la justice fondamentale en matière de droits. Dans une certaine mesure, elles viennent compléter l'article 133 en question. À tout le moins, elles contribuent à sa compréhension. Penchons-nous quelque peu sur ce phénomène.

B) L'apport de l'équité procédurale dans l'interprétation de l'article 133

Nous avons dit précédemment que les droits linguistiques ont un objectif différent et une origine différente des autres droits et libertés de la *Charte*¹¹⁹. En effet, ils sont fondés sur un compromis politique. Ils sont propres au Canada. Ils n'ont pas l'universalité ni la souplesse des droits dits fondamentaux. Ils sont plus précis et plus stricts, moins fluides¹²⁰.

Dans *Société des Acadiens*, le juge Beetz en est d'ailleurs venu à la conclusion que le droit du justiciable d'être entendu et compris par un tribunal et son droit de comprendre ce qui se passe dans le prétoire découlaient du droit à un procès équitable et non pas de droits linguistiques en tant que tels¹²¹. Dans l'arrêt *MacDonald*, les juges majoritaires étaient parvenus à la même conclusion¹²².

Dans l'arrêt *Baker*¹²³, la juge L'Heureux-Dubé, s'exprimant alors au nom de quatre de ses collègues, a mentionné que le concept d'« équité procédurale » et les obligations qui en découlent sont souples et variables. Ils reposent sur une appréciation du contexte de la loi particulière et des droits visés¹²⁴. Plus précisément, la juge L'Heureux-Dubé a affirmé ce qui suit :

L'existence de l'obligation d'équité, toutefois, ne détermine pas quelles exigences s'appliqueront dans des circonstances données. Comme je l'écrivais dans l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, 1990 CanLII 138 (CSC), [1990] 1 R.C.S. 653, à la p. 682, «la notion d'équité procédurale est éminemment variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas». Il faut tenir compte de toutes les circonstances pour décider de la nature de l'obligation d'équité procédurale: *Knight*, aux pp. 682 et 683; *Cardinal*, précité, à la p. 654; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, 1990 CanLII 31 (CSC), [1990] 3 R.C.S. 1170, le juge Sopinka.¹²⁵

¹¹⁹ *Baulac*, supra note 14 à la p 792.

¹²⁰ *MacDonald*, supra note 43 aux pp 500-501.

¹²¹ *Société des Acadiens*, supra note 24 à la p 577.

¹²² *MacDonald*, supra note 40 à la p 499.

¹²³ *Baker c Canada* (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 RCS 817 [*Baker*].

¹²⁴ *Ibid* à la p 837.

¹²⁵ *Ibid*.

Dans l'arrêt *N.-B. (Min. de la santé) c. G.(J.)*¹²⁶, le juge en chef Lamer a conclu, au nom de cinq de ses collègues, que l'article 7 de la *Charte* imposait à l'État l'obligation de prendre toutes les mesures requises pour assurer l'équité d'une audience dont le gouvernement est à l'origine¹²⁷. Il a ajouté que « [p]our que l'audience soit équitable, il faut que le parent ait la possibilité de présenter efficacement sa cause »¹²⁸. Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin se sont dits d'accord avec le juge en chef Lamer quant au fait que les principes de justice fondamentale exigent qu'un parent soit capable de participer de façon adéquate et efficace à l'audience¹²⁹.

Cette dernière décision implique donc, à notre avis, que l'État prenne tous les moyens raisonnables pour assurer la conduite équitable d'une instance. Il en va, croyons-nous, du droit du justiciable de présenter sa cause le plus efficacement possible. Cela ne peut que jouer sur l'interprétation que les tribunaux donneront éventuellement à l'article 133 de la loi de 1867. Par exemple, le concept bien connu dans le monde juridique de l'« équité procédurale » pourrait l'un de ces jours venir appuyer l'idée voulant qu'il soit souhaitable de nommer des juges maîtrisant l'anglais dans les régions du Québec où cette langue est fortement utilisée dans les instances judiciaires. Nous reviendrons sur ce point plus loin. Pour l'instant, regardons d'un peu plus près l'impact que peut avoir le concept de « l'égalité réelle » sur la mise en œuvre de l'article 133 en cause.

C) Une interprétation plus large de l'article 133, fondée entre autres sur le principe de l'égalité réelle

Tel que déjà vu, le principe de l'interprétation large des droits linguistiques a été posé de manière éclatante, voire définitive dans l'arrêt *Beaulac*¹³⁰. L'interprétation de l'article 133 de la loi de 1867 doit-elle être revue à la lumière de cet arrêt et du principe d'interprétation large qu'il pose ? Cela n'est pas impensable.

D'ailleurs, notons que, dans l'arrêt *Beaulac*, le juge Bastarache a insisté sur le concept d'« égalité réelle » en ce qui concerne le bilinguisme devant les tribunaux. Il s'est exprimé en ces mots :

¹²⁶ *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c G (J)*, [1999] 3 RCS 46 [N-B c G].

¹²⁷ Cette affaire soulevait plus particulièrement la question de savoir si des parents sans ressources visés par une demande d'ordonnance judiciaire présentée par le gouvernement pour leur retirer la garde de leur enfant ont le droit constitutionnel d'être représentés par un avocat rémunéré par l'État.

¹²⁸ *N-B c G*, *supra* note 125 au para 73.

¹²⁹ *Ibid* au para 119.

¹³⁰ *Beaulac*, *supra* note 14 aux pp 791-792. L'interprétation libérale et téléologique des droits linguistiques s'est confirmée dans l'affaire *Arsenault-Cameron*, *supra* note 62, portant sur l'interprétation et l'application de l'article 23 de la loi de 1982.

En ce qui concerne les droits existants, l'égalité doit recevoir son sens véritable. Notre Cour a reconnu que l'égalité réelle est la norme applicable en droit canadien. Quand on instaure le bilinguisme institutionnel dans les tribunaux, il s'agit de l'accès égal à des services de qualité égale pour les membres des collectivités des deux langues officielles au Canada.

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 œuvre et créent, en conséquence, des obligations pour l'État. [...] 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. [...] Les 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; voir *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, précité, à la p. 850.

[...]

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.¹³¹

Dans l'affaire *Mazraani c. Industrielle Alliance*¹³², la Cour suprême du Canada a notamment affirmé ce qui suit en ce qui touche les droits linguistiques :

Le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada. Plusieurs lois protègent le droit d'une personne de s'exprimer dans la langue officielle de son choix. Dans l'arrêt R. c. Beaulac, 1999 CanLII 684 (CSC), [1999] 1 R.C.S. 768, notre Cour a établi les principes qui doivent guider l'interprétation de tout droit censé protéger l'égalité de statut des langues officielles du Canada et l'égalité d'accès des francophones et des anglophones aux institutions du pays (par. 15 et 25). D'abord, les droits linguistiques sont des droits substantiels, et non procéduraux (par. 28). Il s'ensuit que l'État a l'obligation d'assurer leur mise en œuvre (par. 24) et qu'on ne peut y déroger (par. 28). Ensuite, « [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 » (par. 25 (soulignement dans l'original)). Enfin, ces droits se distinguent des principes de justice fondamentale, lesquels requièrent par exemple qu'un accusé soit en mesure de comprendre son procès et de s'y faire comprendre (par. 25 et 41). Ils ont un but qui leur est unique, soit le maintien et la protection « des collectivités de langue officielle là où ils s'appliquent » (par. 25). Ils ne sont pas fonction de la capacité de l'intéressé de s'exprimer dans une langue ou dans une autre. En effet, les personnes bilingues peuvent tout autant les invoquer que les personnes unilingues.¹³³

¹³¹ *Ibid* aux pp 789 à 792; Notons cependant que le juge Bastarache parlait alors de la *Loi sur les langues officielles* de 1988 et de l'article 530.1 du *Code criminel*.

¹³² *Mazraani c Industrielle Alliance, Assurance et services financiers inc.*, [2018] 3 RCS 261.

¹³³ *Ibid* au para 20.

Notons cependant que cette dernière affaire mettait en cause l'usage du français dans une audience de la Cour canadienne de l'impôt, un tribunal fédéral. Elle ne concernait pas les tribunaux québécois en tant que tels. Il n'en reste toutefois pas moins que, dans son jugement, la Cour suprême du Canada réitère le principe voulant que l'État se doive de prendre les mesures optimales pour respecter les droits linguistiques des justiciables. À cela s'ajoute évidemment la possibilité que l'article 133 fasse désormais l'objet d'une interprétation que nous pourrions qualifier d'adaptable. Concentrons-nous sur cette dernière hypothèse dès à présent.

D) Une interprétation évolutive de l'article 133

Depuis déjà plusieurs années, les tribunaux canadiens sont au fait de l'importance de prendre en considération l'évolution de la société lorsqu'ils interprètent les dispositions constitutionnelles et rendent leurs décisions. Entre autres, ils tiennent compte des changements qui marquent l'histoire lorsqu'ils analysent le libellé de la Constitution et en dégagent l'essence. Certes, chaque disposition constitutionnelle doit être examinée à la lumière du contexte ayant eu cours lorsqu'elle a été adoptée, mais elle doit aussi être analysée en assumant que ce contexte a sans doute évolué depuis¹³⁴.

L'interprétation de la Constitution par les tribunaux canadiens se veut désormais résolument évolutive¹³⁵. Un élément central de cette approche est la doctrine de l'« arbre vivant », énoncée pour la première fois en 1930 par le Comité judiciaire du Conseil privé, à Londres. En effet, dans l'affaire *Edwards*¹³⁶, ce comité, qui constituait le plus haut tribunal d'appel pour le Canada jusqu'en 1949, avait décrit la Constitution canadienne comme un « living tree capable of growth and expansion within its natural limits »¹³⁷. Cette

¹³⁴ *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, supra note 93 au para 25 ; *Renvoi sur la sécession*, supra note 78 au para 32 ; *Renvoi sur l'article 98 de la Loi constitutionnelle de 1867 (Dans l'affaire du)*, 2014 QCCA 2365 au para 52 ; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art 5-6, [2014] 1 RCS 433 au para 101 [*Renvoi sur la Cour suprême*].

¹³⁵ La Constitution du Canada ne saurait être traitée comme un testament. Depuis des années, les tribunaux font appel à l'interprétation dite évolutive pour faire progresser les textes constitutionnels d'une façon qui réponde davantage aux besoins actuels des Canadiens, tout en ne heurtant pas la volonté des personnes et organes qui exercent le pouvoir constituant. Pour un exemple d'interprétation évolutive, voir le *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art 22-23, [2005] 2 RCS 669.

¹³⁶ *Edwards v Canada (Attorney General)*, [1930] AC 124.

¹³⁷ *Ibid.* La Constitution canadienne est un arbre vivant, disait Lord Sankey à l'occasion de l'affaire *Edwards*. Elle est capable de grandir, de croître à l'intérieur de ses limites naturelles, devait-il ajouter à la p 136. Cet arrêt portait sur le sens du mot « personnes ». Il s'agissait de savoir si, aux termes de l'art 24 de la loi de 1867, des femmes pouvaient être nommées au Sénat. Lord Sankey a alors fait observer qu'il était nécessaire de donner à cette loi une interprétation large, harmonisée avec les circonstances nécessairement changeantes de la vie en société.

image fut reprise de nombreuses fois par la suite par les tribunaux, canadiens afin de démontrer que la Constitution devait bel et bien s'adapter aux réalités de la vie moderne¹³⁸.

Dans l'arrêt *Blaikie n° 1*, la Cour suprême du Canada n'a pas hésité à étendre la portée de l'article 133 aux organismes quasi judiciaires, compte tenu de l'évolution de la société canadienne depuis 1867¹³⁹. La Cour a même affirmé ce qui suit :

Lorsqu'il faut, comme en l'espèce, statuer sur une garantie constitutionnelle, ce serait être trop formaliste que de méconnaître l'essor actuel et le rôle très important dans notre société des organismes non judiciaires investis du pouvoir de rendre la justice et de refuser d'étendre aux procédures qui s'y déroulent la garantie qui reconnaît à ceux qui relèvent de leur compétence le droit d'utiliser le français ou l'anglais.¹⁴⁰

Dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*¹⁴¹, la Cour suprême a écrit que « [l]e raisonnement fondé sur l'existence de "concepts figés" va à l'encontre de l'un des principes les plus fondamentaux d'interprétation de la Constitution canadienne : notre Constitution est un arbre vivant qui, grâce à une interprétation progressiste, s'adapte et répond aux réalités de la vie moderne »¹⁴².

Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*¹⁴³, le juge Lamer a écrit, au nom de quatre de ses collègues : « [s]i on veut que "l'arbre" récemment planté qu'est la Charte ait la possibilité de croître et de s'adapter avec le temps, il faut prendre garde que les documents historiques [...] n'en retardent la croissance »¹⁴⁴.

L'on ne saurait donc interpréter une disposition constitutionnelle datant de 1867 comme on l'aurait fait il y a 155 ans. La société a grandement évolué depuis et la manière dont on interprète les règles qui régissent notre société doit évoluer dans la même mesure. En l'espèce, cela signifie que l'on ne peut vraisemblablement interpréter l'article 133 de la loi de 1867 comme on l'aurait fait au moment de la naissance du Canada. L'interprétation de cette disposition doit évoluer en même temps que les besoins de la société.

¹³⁸ *Daniels c Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2016] 1 RCS 99 ; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 RCS 698; *Canada (Procureur général) c Hislop*, [2007] 1 RCS 429. Voir également l'arrêt *Attorney General of Ontario v Attorney General of Canada (Renvoi sur l'abolition des appels au Conseil privé)*, [1947] AC 127, où le Vicomte Jowitt a dit au cours de son analyse, à la p 154 : « [i]t is, as their Lordships think, irrelevant that the question is one that might have seemed unreal at the date of the *British North America Act*. To such an organic statute the flexible interpretation must be given which changing circumstances require ».

¹³⁹ *Blaikie no 1*, *supra* note 32 à la p 1029.

¹⁴⁰ *Ibid* à la p 1018.

¹⁴¹ 2004 CSC 79.

¹⁴² *Ibid* au para 22.

¹⁴³ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 RCS 486.

¹⁴⁴ *Ibid* au para 53.

La Constitution est un arbre vivant, qui croît continuellement et s'adapte aux réalités changeantes de la société, venons-nous tout juste de dire. Les idées et sujets qui inquiètent les tribunaux et l'ensemble du pays aujourd'hui sont loin d'être ceux qui les préoccupaient en 1867, avons-nous dit également. Or, le pays est marqué depuis longtemps par des problèmes profonds, causés par la lenteur avec laquelle le système de justice parvient à assumer ses responsabilités. L'opinion publique a qualifié ce problème de véritable « crise des délais », surtout en matière de justice criminelle. Cette crise a atteint son point culminant avec la conclusion de l'affaire *Jordan*¹⁴⁵, qui a tenté de mettre un terme à une situation où les délais d'administration de la justice étaient de plus en plus longs. Dans *Jordan*, la Cour suprême a mis l'accent sur l'importance de rendre la justice en temps utile pour préserver la « confiance générale du public envers l'administration de la justice »¹⁴⁶. D'ailleurs, l'accès à la justice et les coûts inhérents à l'administration de la justice sont de plus en plus une préoccupation pour l'État canadien et québécois et pour la société en général. Dans cette veine, il n'est pas interdit de penser que l'article 133 de la loi de 1867 soit éventuellement interprété de façon à exclure autant que possible le recours à des interprètes, puisque cela occasionne des frais additionnels et prolonge la durée des audiences, en plus de décourager le justiciable de s'adresser au système judiciaire.

Il est donc tout à fait raisonnable de croire que l'article 133 fera un jour l'objet d'une interprétation souple et évolutive, c'est-à-dire d'une interprétation qui s'inscrira dans le sens de la transformation de sa portée et de sa progression vers l'égalité concrète des langues anglaise et française dans le milieu judiciaire québécois. D'ailleurs, dans toute cette évolution de l'article 133 de la loi de 1867, il se pourrait bien que l'indépendance judiciaire ait un quelconque rôle à jouer.

E) L'interprétation de l'article 133 à la lumière du principe de l'indépendance judiciaire

Au Canada, l'indépendance judiciaire est considérée par la jurisprudence comme étant un principe constitutionnel sous-jacent. Plus précisément, le principe constitutionnel implicite de l'indépendance judiciaire tire essentiellement sa source du préambule de la loi de 1867, lequel mentionne notamment que les provinces fondatrices du Canada ont voulu s'unir sous une Constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni. L'indépendance judiciaire découle de plus des articles 96 à 100 de la loi de 1867 de même que de l'article 7 et de l'alinéa 11d) de la *Charte*¹⁴⁷.

¹⁴⁵ *R c Jordan*, 2016 CSC 27.

¹⁴⁶ *Ibid* au para 25.

¹⁴⁷ On retrouve également le principe de l'indépendance judiciaire à l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* et à l'alinéa 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*, SC 1960, c 44. L'indépendance judiciaire découle par ailleurs de l'alinéa 42(1)d) de la loi de 1982, dans le cas précis de la Cour suprême du Canada.

Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*¹⁴⁸, cette dernière n'a pas hésité à dire que l'indépendance faisait partie de ses caractéristiques essentielles et qu'elle (la Cour) était à l'abri de toute modification unilatérale accomplie par le Parlement ou une législature provinciale.

Toutes les autorités politiques canadiennes, fussent-elles fédérales, provinciales ou territoriales, sont assujetties au principe de l'indépendance judiciaire. Ce principe ne pourrait être affecté que selon une procédure de modification complexe, faisant appel à la collaboration des deux ordres de gouvernement¹⁴⁹.

Le Québec est donc soumis au respect du principe de l'indépendance judiciaire. Il est tout à fait possible que, l'un de ces jours, l'article 133 de la loi de 1867 soit interprété à l'aune précisément de ce principe. Si tel devait être le cas, il y aurait alors fort à parier que l'arrêt *Société des Acadiens*¹⁵⁰ serait entièrement révisé, voire complètement renversé. Il est également possible que, dans la foulée d'une telle révision ou d'un tel renversement, l'article 133 de la loi de 1867 soit interprété de manière résolument large et téléologique.

Nous sommes donc d'avis que l'indépendance institutionnelle ou administrative des tribunaux peut inspirer une interprétation plus large de l'article 133 de la loi de 1867 que celle que lui a donnée la Cour suprême du Canada jusqu'à présent. Ainsi, l'article 133 en cause pourrait faire l'objet dans le futur d'une interprétation large et évolutive, laquelle s'appuierait notamment sur le concept de « l'égalité réelle », sur celui de « l'équité procédurale » et sur le principe de l'indépendance judiciaire. Une telle interprétation de l'article 133 serait évidemment de nature à mettre en péril certaines des dispositions de la loi 96. En effet, l'interprétation dynamique de l'article 133 de la loi de 1867 ne pourrait — si elle devait se concrétiser — qu'avoir des conséquences négatives en ce qui touche la constitutionnalité de certaines des dispositions de ladite loi. C'est sur cette question que nous entendons maintenant nous pencher.

Chapitre 2. Le caractère constitutionnel ou non de certaines des dispositions de la loi 96

Dans le présent chapitre, nous discuterons tout particulièrement de la validité constitutionnelle des articles 1, 4, 5, 119, 121, 150 et 166 de la loi 96.

A) L'article 1 de la loi 96 : Le préambule de la loi 101

¹⁴⁸ *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, supra note 133.

¹⁴⁹ Ce serait vraisemblablement la règle de l'unanimité qui s'appliquerait en pareilles circonstances.

¹⁵⁰ *Société des Acadiens*, supra note 24.

L'article 1 de la loi 96 comporte une modification au préambule de la loi 101¹⁵¹, de façon que celui-ci énonce dorénavant que « [l']Assemblée nationale reconnaît que le français est la seule langue commune de la nation québécoise et qu'il est déterminant que tous soient sensibilisés à l'importance de cette langue et de la culture québécoise comme liants de la société. Elle est donc résolue à ce que chacun ait accès à l'apprentissage de cette langue et à en parfaire la connaissance et la maîtrise ainsi qu'à faire du français la langue de l'intégration ». La constitutionnalité d'une telle mesure nous paraît manifeste. De toute façon, placée comme elle est dans un préambule, sa portée sur le plan légal ne saurait être que toute relative. Certes, elle peut servir à l'interprétation des diverses lois québécoises, mais elle ne saurait, évidemment, bouleverser l'ordre constitutionnel établi.

L'article 1 de la loi 96 prévoit du reste que le préambule de la loi 101 soit modifié par l'ajout de l'alinéa suivant :

En vertu de la souveraineté parlementaire, il revient au Parlement du Québec de confirmer le statut du français comme langue officielle et langue commune sur le territoire du Québec ainsi que de consacrer la prépondérance de ce statut dans l'ordre juridique québécois, tout en assurant un équilibre entre les droits collectifs de la nation québécoise et les droits et libertés de la personne.

Là encore, cet énoncé nous semble être purement déclaratoire. Il ne saurait menacer ou compromettre les droits constitutionnels de la minorité anglophone ni renverser les mesures d'interprétation que l'on peut déjà dégager de la jurisprudence de la Cour suprême en ce qui touche les droits linguistiques, et ni affecter les mesures constitutionnelles existant dans les différentes provinces et les territoires en matière de langues officielles.

Reste cependant à voir ce que les cours de justice feront de la prépondérance du statut du français en tant que langue officielle et commune dans l'ordre juridique propre au Québec. Pour notre part, nous croyons que l'article 1 de la loi 96 n'est pas invalide pour cause d'inconstitutionnalité et que la primauté législative dont il postule l'existence ne vaut que dans l'ordre légal québécois, par opposition à canadien. En d'autres termes, la prépondérance s'applique à l'égard des lois et règlements québécois plutôt que fédéraux.

Sous réserve de ce qui précède, nous considérons donc que l'article 1 de la loi 96 est constitutionnel à tous égards.

B) L'article 4 de la loi 96 : Une justice et une législation en français

¹⁵¹ *Supra* note 6.

L'article 4 de la loi 96 énonce entre autres que « [t]oute personne a droit à une justice et à une législation en français »¹⁵². De son côté, l'article 7 de la loi 101 disposait déjà comme suit avant que n'entre en vigueur la loi 96 :

7. Le français est la langue de la législation et de la justice au Québec sous réserve de ce qui suit: 1° les projets de loi sont imprimés, publiés, adoptés et sanctionnés en français et en anglais, et les lois sont imprimées et publiées dans ces deux langues; 2° les règlements et les autres actes de nature similaire auxquels s'applique l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 sont pris, adoptés ou délivrés, et imprimés et publiés en français et en anglais; 3° les versions française et anglaise des textes visés aux paragraphes 1° et 2° ont la même valeur juridique; 4° toute personne peut employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux du Québec et dans tous les actes de procédure qui en découlent.

L'article 4 en question n'affecte d'aucune façon les droits constitutionnels de la minorité anglophone du Québec, tels qu'ils découlent notamment de l'article 133 de la loi de 1867¹⁵³. Cet article n'empêche pas qu'une justice en anglais existe elle aussi et qu'elle puisse être de qualité équivalente à la justice en français. Il n'empêche pas non plus que les actes auxquels s'applique ledit article 133 soient adoptés, imprimés et publiés en anglais et en français, comme le veulent l'article 133 en cause et l'article 7 de la loi 101.

Pour ces motifs, l'article 4 de la loi 96 nous semble parfaitement constitutionnel.

C) L'article 5 de la loi 96 : Des précisions quant à la langue de la justice et de la législation

L'article 5 de la loi 96 remplace les articles 8 et 9 de la loi 101 par les suivants :

7.1. En cas de divergence entre les versions française et anglaise d'une loi, d'un règlement ou d'un autre acte visé au paragraphe 1° ou 2° de l'article 7 que les règles ordinaires d'interprétation ne permettent pas de résoudre convenablement, le texte français prévaut.

8. Les règlements et les autres actes de nature similaire auxquels ne s'applique pas l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867, tels que les règlements municipaux, doivent être rédigés, adoptés et publiés exclusivement en français.

Les organismes et les établissements reconnus en vertu de l'article 29.1 peuvent rédiger, adopter et publier ces actes à la fois en français et dans une autre langue; en cas de divergence, le texte français d'un tel acte prévaut sur celui dans une autre langue.

¹⁵² L'article 4 de la loi 96 prévoit plus précisément l'adoption d'une nouvelle disposition de la loi 101, soit l'article 6.2.

¹⁵³ *Supra* note 9.

9. Une traduction en français certifiée par un traducteur agréé doit être jointe à tout acte de procédure rédigé en anglais émanant d'une personne morale.

La personne morale assume les frais de la traduction.

10. Une version française doit être jointe immédiatement et sans délai à tout jugement rendu par écrit en anglais par un tribunal judiciaire lorsqu'il met fin à une instance ou présente un intérêt pour le public.

Tout autre jugement rendu par écrit en anglais est traduit en français à la demande de toute personne; celui rendu par écrit en français est traduit en anglais à la demande d'une partie.

Les frais de la traduction effectuée en application du présent article sont assumés par le ministère ou par l'organisme qui l'effectue ou qui assume les coûts nécessaires à l'exercice des fonctions du tribunal qui a rendu le jugement.

11. L'article 10 s'applique, compte tenu des adaptations nécessaires, à toute décision rendue dans l'exercice d'une fonction juridictionnelle par un organisme de l'Administration ou par une personne nommée par le gouvernement ou par un ministre qui exerce une telle fonction au sein d'un tel organisme.

12. Il ne peut être exigé de la personne devant être nommée à la fonction de juge qu'elle ait la connaissance ou un niveau de connaissance spécifique d'une langue autre que la langue officielle sauf si le ministre de la Justice, après consultation du ministre de la Langue française, estime que, d'une part, l'exercice de cette fonction nécessite une telle connaissance et que, d'autre part, tous les moyens raisonnables ont été pris pour éviter d'imposer une telle exigence.

13. Il ne peut être exigé de la personne devant être nommée par le gouvernement ou par un ministre pour exercer une fonction juridictionnelle au sein d'un organisme de l'Administration qu'elle ait la connaissance ou un niveau de connaissance spécifique d'une langue autre que la langue officielle sauf si le ministre responsable de l'application de la loi constitutive de l'organisme, après consultation du ministre de la Langue française, estime que, d'une part, l'exercice de cette fonction nécessite une telle connaissance et que, d'autre part, tous les moyens raisonnables ont été pris pour éviter d'imposer une telle exigence.

De même, une telle exigence ne peut être imposée à la personne devant être nommée par l'Assemblée nationale pour exercer une telle fonction au sein de la Commission d'accès à l'information ou de la Commission de la fonction publique sauf si le commissaire à la langue française estime que, d'une part, l'exercice de cette fonction nécessite une telle connaissance et que, d'autre part, tous les moyens raisonnables ont été pris pour éviter d'imposer cette exigence.

Dans la présente étude, ce sera précisément sur ces dispositions, soit les nouveaux articles 7.1, 8, 9, 10, 11, 12 et 13 de la loi 101, que nous nous concentrerons.

a. L'article 7.1 : La primauté de la version française d'une loi

Contrairement au texte original de la loi 101, la loi 96 ne prévoit pas que le français soit la seule langue de la législation au Québec. Il ne prévoit pas non plus que seul le texte français des lois et des règlements soit officiel¹⁵⁴ ni que les projets de lois soient rédigés, adoptés et sanctionnés strictement en français. Il ne fait que prévoir la prévalence du français sur l'anglais en cas de divergence, et ce, seulement lorsque les règles ordinaires d'interprétation n'offrent pas de solution.

Toutefois, il est difficile de soutenir que la préférence accordée à la langue française en cas de divergence entre les versions française et anglaise d'une loi se concilie avec le principe d'« égalité » qui se dégage de l'article 133, principe dont nous avons parlé précédemment. Bien sûr, tel que nous venons de le dire, il ne s'agit pas ici de prévoir, comme le faisait la loi 101 à l'origine, que seul le texte français des lois soit officiel¹⁵⁵. Il n'en reste pas moins que, depuis des années, la jurisprudence semble vouloir interpréter l'article 133 de la loi de 1867 comme requérant l'égalité *parfaite* des versions anglaise et française des lois. Par exemple, dans l'arrêt *Blaikie*, le juge Dubé de la Cour d'appel du Québec a affirmé ceci :

Il me semble de toute évidence que ces deux Lois sont en contradiction flagrante: Le chapitre III de la Charte de la langue française veut rendre la langue française la seule langue officielle de l'Assemblée nationale et devant les Tribunaux tant dans les procédures verbales qu'écrites alors que l'article 133 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, au contraire, veut que la langue française et que la langue anglaise soient exactement sur un pied d'égalité devant la législature et devant les Tribunaux du Québec de même que devant les chambres du parlement du Canada et devant les Tribunaux du Canada.¹⁵⁶

Dans l'arrêt *MacDonald* de la Cour suprême du Canada, le juge Beetz a dit ceci :

Cela ne revient pas à placer les langues française et anglaise sur un pied d'égalité avec d'autres langues. Les langues française et anglaise sont non seulement placées sur un pied d'égalité, mais encore elles se voient conférer un statut privilégié par rapport à toutes les autres langues. Et cette égalité et ce statut privilégié sont tous les deux garantis par l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867. Sans la protection de cette disposition, il serait possible, par simple voie législative, d'accorder à l'une des deux langues officielles une certaine mesure de préférence comme on a tenté de le faire au chapitre III du titre premier de la Charte de la langue française, qui a été invalidé dans l'arrêt *Blaikie n° 1*. L'unilinguisme français, l'unilinguisme anglais et, quant à cela, l'unilinguisme dans toute autre langue pourraient être aussi prescrits par simple voie législative. On peut donc constater que si l'art. 133 ne garantit qu'un minimum, ce minimum est loin d'être inconsistant.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Loi 101, *supra* note 5, art 8.

¹⁵⁵ Voir l'article 9 de la loi 101, *ibid*, tel qu'adopté en 1977. Cette disposition a été déclarée *ultra vires* de la législature du Québec dans *Blaikie no 1*, *supra* note 32 en raison de son incompatibilité avec l'article 133 de la loi de 1867.

¹⁵⁶ *PG du Québec c Blaikie*, [1978] CA 351 à la p 361.

¹⁵⁷ *MacDonald*, *supra* note 43 à la p 500.

Enfin, dans le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba* de 1985, la Cour suprême s'est prononcée en ces termes sur le processus d'adoption des lois en vertu de l'article 133 de la loi de 1867 et de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* :

En deuxième lieu, les versions anglaise et française des lois doivent faire pareillement autorité. « [L'article 133] ne prévoit pas seulement mais exige, qu'un statut officiel soit reconnu à l'anglais et au français... » (à la p. 1022) (où l'on déclare inconstitutionnels les art. 8 et 9 de la Charte de la langue française, déjà cités). Comparer avec la Loi constitutionnelle de 1982, par. 18(1).

[...]

Le juge en chef Deschênes s'exprime ainsi en Cour supérieure du Québec, 1978 CanLII 2185 (QC CS), [1978] C.S. 37, à la p. 47 :

La Cour s'en tient donc à sa conclusion que l'exigence de l'impression et de la publication des lois dans les deux langues française et anglaise implique nécessairement celle de leur adoption et sanction dans ces deux langues de sorte que les deux versions possèdent ce caractère que la Loi 22 appelait authentique et que la Charte qualifie plutôt d'officiel.

Ces observations, qui démontrent clairement que les deux versions des lois doivent faire pareillement autorité, ont été adoptées par cette Cour lorsqu'elle s'est prononcée sur le pourvoi du Procureur général (à la p. 1027).

Le troisième critère qui ressort de l'arrêt *Blaikie n° 1* est l'exigence de l'usage simultané des deux langues dans le processus d'adoption.

Le Procureur général du Québec soutient que cette expression [« l'usage de ces deux langues sera obligatoire »] n'emporte pas simultanéité de l'usage des deux langues française et anglaise.

La Cour est tout à fait incapable de trouver dans la deuxième partie de l'article 133 la permission d'alternance ou de succession des langues que le Procureur général du Québec suggère d'y lire : ce n'est pas l'une ou l'autre langue au choix, mais les deux à la fois qui doivent être employées dans les Records and Journals de la Législature.

La Cour conclut que les articles 7 à 10 de la Charte contreviennent à l'article 133 de l'A.A.N.B. en autant qu'ils prétendent supprimer l'obligation de l'emploi simultané des deux langues française et anglaise dans les Records ou archives de l'Assemblée nationale. [*Blaikie c. Procureur général du Québec*, 1978 CanLII 2185 (QC CS), [1978] C.S. 37, aux pp. 44 et 45, motifs que cette Cour a adoptés dans ses propres motifs de jugement dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, 1979 CanLII 21 (CSC), [1979] 2 R.C.S. 1016, à la p. 1027.]

(C'est nous qui soulignons.)

[...]

En résumé, l'arrêt *Blaikie n° 1* appuie la thèse selon laquelle l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 exige (i) qu'il y ait adoption simultanée des lois en anglais et en français et (ii) que les versions anglaise et française fassent pareillement autorité et aient le même statut. Rien de moins ne pourrait assurer adéquatement la préservation des garanties linguistiques accordées par ces articles et l'égalité d'accès aux lois pour les francophones et les anglophones pareillement.

[...]

De plus, l'alinéa 2a) et l'art. 5 vont à l'encontre de l'exigence, énoncée dans l'arrêt *Blaikie n° 1*, que les versions anglaise et française des lois fassent pareillement autorité. L'alinéa 2a) prévoit que lorsqu'une version n'a pas le même sens que l'autre version, le texte législatif original l'emporte sur sa traduction subséquente. L'article 5 dispose que, pour toutes les lois adoptées avant le 1er janvier 1981, toute ambiguïté ou incohérence dans les renvois à d'autres lois doit se résoudre en fonction du texte anglais de ces lois. Ces dispositions ne peuvent être maintenues. Tout mécanisme de solution des divergences de sens entre la version anglaise et la version française d'une loi qui accorde la préférence à un texte (texte désigné) plutôt qu'à l'autre texte a pour effet de rendre ce dernier texte (non désigné) juridiquement inapplicable puisqu'on ne peut s'y fier. La version non désignée n'a le statut de loi que dans la mesure où elle est compatible avec la version désignée. Dans tous les cas, il est nécessaire de se référer à la version désignée pour savoir ce que dit la loi. Cela est incompatible avec l'exigence, énoncée dans l'arrêt *Blaikie n° 1*, que les versions dans l'une et l'autre langue soient "officielles" (à la p. 1022).

Pour les fins constitutionnelles, il importe peu que la préférence soit expressément accordée à une langue, comme à l'art. 5, ou déterminée par le député qui dépose le projet de loi, comme à l'al. 2a). Tout mécanisme quel qu'il soit visant à conférer un statut supérieur à une version dans une langue contrevient à l'art. 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba ». ¹⁵⁸

Nous doutons donc de la validité de l'article 7.1 susmentionné. Il nous semble que cette disposition heurte l'esprit de l'article 133 de la loi de 1867, tel que celui-ci a été interprété par les tribunaux jusqu'à présent.

Nous aimerons tout simplement ajouter que ledit article 7.1 parle notamment des actes visés aux paragraphes 7(1) et (2) de la loi 101. Il s'agit des projets de loi, des lois, des règlements et des autres actes de nature similaire auxquels s'applique l'article 133 de la loi de 1867. Or, le paragraphe 7(3) de la loi 101 prévoit que les versions française et anglaise de ces textes ont la même valeur juridique¹⁵⁹. Voilà qui se concilie mal, pour dire le moins, avec le principe de la prévalence du français en cas de divergence que pose l'article 7.1 susmentionné. En d'autres mots, comment une version — la française en l'occurrence — peut-elle prévaloir sur une autre version — l'anglaise dans le présent

¹⁵⁸ Renvoi : *Droits linguistiques au Manitoba*, supra note 40 aux pp 774-778.

¹⁵⁹ Avant que la loi 96 n'entre en vigueur, l'article 8 de la loi 101 ne prévoyait la prévalence du français en cas de divergence que pour les règlements ou autres actes de nature similaire auxquels *ne s'applique pas* l'article 133 de la loi de 1867. La loi 96 a eu pour effet de remplacer l'article 8 en question par une nouvelle disposition qui pose le principe voulant que les règlements et autres actes susmentionnés ne soient rédigés, adoptés et publiés qu'en français, sauf pour certains organismes et établissements.

cas — si ces deux versions ont la même valeur juridique ? C'est la quadrature du cercle ! Nous avons bien hâte de voir comment les tribunaux concilieront l'ensemble de ces mesures éventuellement.

b. L'article 8 : Les actes rédigés, adoptés et publiés en français

Le premier paragraphe du nouvel article 8 de la loi 101 renvoie aux actes qui ne sont pas visés par l'article 133 de la loi de 1867. Il impose qu'ils soient rédigés, adoptés et publiés exclusivement en français. Nous estimons que cette disposition est constitutionnelle. Plus précisément, nous partons de la prémisse voulant que, hormis le respect qu'il doit à l'article 133 de la loi de 1867 et à l'article 23 de la *Charte*, le Québec dispose d'une pleine capacité législative en matière de langue. Il en est de même d'ailleurs pour les autres provinces canadiennes, sous réserve bien entendu des dispositions constitutionnelles qui leur sont applicables.

Certes, certains pourraient être tentés de soutenir que l'article 8 susmentionné va à l'encontre des droits à l'égalité contenus tant dans la *Charte des droits et libertés de la personne* que dans la *Charte de 1982*. Ce type d'argument n'est pas à rejeter du revers de la main à première vue. En effet, les arrêts *Ford* et *Devine* illustrent bien la possibilité que des mesures de nature linguistique soient invalidées pour cause d'incompatibilité avec les droits à l'égalité. Dans ces arrêts, ce qui était en cause, c'était plus particulièrement la *Charte des droits et libertés de la personne*. Dans l'arrêt *Ford*, la Cour suprême du Canada a affirmé ce qui suit à ce sujet :

Donc, pour décider si l'art. 58 de la Charte de la langue française viole la garantie contre la discrimination fondée sur la langue, énoncée à l'art. 10 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec, nous sommes obligés de prendre en considération l'effet de l'art. 58, dans la mesure où il peut être déterminé. Soulignons en outre que, pour constituer une discrimination au sens de l'art. 10, une distinction fondée sur un motif interdit doit avoir pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, d'un droit ou d'une liberté de la personne que reconnaît la Charte des droits et libertés de la personne du Québec. Gardant ces observations présentes à l'esprit, venons-en maintenant à la question de savoir si l'art. 58 enfreint l'art. 10. Comme l'ont dit la Cour supérieure et la Cour d'appel, l'art. 58 se veut d'application universelle, imposant à tous, indépendamment de leur langue usuelle, l'exigence de l'usage exclusif du français. Il produit toutefois des effets différents sur différentes catégories de personnes selon leur langue usuelle. Il est permis aux francophones de se servir de leur langue usuelle, alors que cela est interdit aux anglophones et aux autres non-francophones. Cette différenciation constitue-t-elle une distinction fondée sur la langue au sens de l'art. 10 de la Charte québécoise? À notre avis, c'est le cas. L'article 58 de la Charte de la langue française, du fait qu'il touche et affecte différemment les personnes suivant leur langue usuelle, crée entre ces personnes une distinction fondée sur la langue usuelle. Il faut donc se demander si cette distinction a pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, d'un droit ou d'une liberté de la personne garantis par la *Charte québécoise*. Le droit ou la liberté de la personne en cause est la liberté de s'exprimer dans

la langue de son choix qui, a-t-on jugé, est reconnue par l'art. 3 de la *Charte québécoise*. En l'espèce, la restriction imposée à ce droit n'était pas justifiable en vertu de l'art. 9.1 de la Charte québécoise. La distinction fondée sur la langue usuelle créée par l'art. 58 de la Charte de la langue française a donc pour effet de détruire le droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, de cette liberté. Il s'ensuit que l'art. 58 est inopérant et sans effet parce qu'il contrevient à l'art. 10 de la Charte québécoise. La même conclusion s'impose à l'égard de l'art. 69 de la Charte de la langue française. Puisqu'en l'espèce, Valerie Ford, l'une des intimées, est un individu et non une personne morale, il n'est pas nécessaire de décider si les personnes morales ont le droit d'invoquer les garanties d'égalité. Nous ne le ferons donc pas.¹⁶⁰

Malgré ces enseignements de la part de la Cour suprême du Canada, nous estimons qu'il serait très étonnant que celle-ci étende les droits linguistiques de nature constitutionnelle au-delà de ce que prévoit déjà l'article 133 de la loi de 1867. Et cela, c'est sans compter la présence dans la loi 96 de dispositions dérogatoires, dispositions sur lesquelles nous reviendrons plus loin.

En ce qui touche maintenant le deuxième paragraphe de l'article 8, il a pour but de permettre à certains organismes et établissements de rédiger, adopter et publier leurs règlements et autres actes de nature similaire à la fois en anglais et en français. Nous n'avons rien à redire à ce sujet. En ce qui a trait à la prévalence du français en cas de divergence, elle ne nous paraît pas contestable devant les tribunaux, et ce, bien qu'elle contraigne ces derniers à opter pour une interprétation différente de celle qu'ils auraient peut-être privilégiée autrement¹⁶¹.

Nous sommes donc d'opinion que l'article 8 sous examen est totalement constitutionnel.

c. L'article 9 : La traduction des actes de procédure

Disons-le d'emblée, nous croyons que le nouvel article 9 de la loi 101 est constitutionnel, en dépit du fait que certains pourraient toujours arguer qu'il brime ou limite l'accès à la justice. Pour parvenir à la conclusion à laquelle nous sommes arrivé, nous avons tenu compte du fait que l'article 9 ne s'applique qu'aux personnes morales. Nous en viendrions possiblement à une autre conclusion si cet article s'appliquait aussi aux personnes physiques.

¹⁶⁰ Ford, *supra* note 53 à la p 787.

¹⁶¹ Nous faisons ici une distinction entre les cas où la Constitution ou une loi exige qu'un acte juridique quelconque soit adopté et publié en français et en anglais et les cas où cela est facultatif. Dans ce dernier cas, nous croyons que la prévalence du français peut être proclamée en cas de divergence. Il s'agit là précisément de l'hypothèse visée par le second paragraphe de l'article 8 dont la loi 96 propose l'inscription dans la loi 101.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas inopportun de dire ici un mot de l'arrêt *Trial Lawyers*¹⁶². En effet, dans cette affaire, la Colombie-Britannique avait établi un régime de frais d'audience relativement aux tribunaux de la province. La juge en chef McLachlin, au nom de quatre de ses collègues, a d'abord reconnu que les provinces avaient le pouvoir d'imposer des frais d'audience en vertu du paragraphe 92(14) de la loi de 1867, mais que ce pouvoir n'était pas illimité. Comme devait l'affirmer la juge McLachlin :

Des frais d'audience ne nieront pas aux plaideurs bien nantis l'accès aux cours supérieures. De plus, même des plaideurs disposant de ressources modestes sont souvent capables d'organiser leurs finances de façon à pouvoir, moyennant certains sacrifices raisonnables, avoir accès aux tribunaux. Toutefois, lorsque des frais d'audience privent des plaideurs de l'accès aux cours supérieures, ces frais portent alors atteinte au droit fondamental des citoyens de soumettre leurs différends aux tribunaux. Cette limite est atteinte dans les cas où les frais d'audience en question causent des difficultés excessives à un plaideur qui souhaite s'adresser à la cour supérieure.¹⁶³

Dans le cas de la loi 96, nous ne croyons pas que le fait d'imposer des frais de traduction d'un acte de procédure à une personne morale — et non pas physique — lui cause des difficultés excessives au sens de l'arrêt *Trial Lawyers*. Nous ne croyons pas non plus que cela freine ou circonscrive de façon inacceptable son accès à la justice. À tout événement, si nous devons avoir tort sur ce point, il est clair que l'arrêt *Trial Lawyers* pourrait donner des munitions à ceux qui souhaiteraient contester la validité des dispositions de la loi en question¹⁶⁴. À ce stade-ci, il convient au surplus de rappeler ces paroles de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Blaikie n° 1* :

L'incompatibilité ressort également de ce que les art. 11 et 12 de la *Charte* forceraient les personnes morales à n'employer que le français et en feraient la seule langue officielle des « pièces de procédure » de nature judiciaire ou quasi-judiciaire, alors que l'art. 133 permet d'utiliser indifféremment le français [sic] ou l'anglais dans toute plaidoirie ou pièce de procédure devant les tribunaux du Québec.¹⁶⁵

L'article 9 susmentionné aura-t-il pour effet, concrètement, de faire du français la seule langue officielle des actes de procédure déposés par les personnes morales au Québec ? Nous en doutons fortement, mais il est évident que certains voudront prendre appui sur le passage de l'arrêt *Blaikie n° 1* qui est cité ci-dessus pour avancer pareil argument.

¹⁶² *Trial Lawyers Association of British Columbia c Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59 [*Trial lawyers*].

¹⁶³ *Ibid* au para 45.

¹⁶⁴ Les opposants à la loi 96 pourraient toujours soutenir que les frais de traduction imposés aux personnes morales par le nouvel article 9 de la loi 101 constituent « des difficultés excessives » au sens de l'arrêt *Trial Lawyers*, *ibid*.

¹⁶⁵ *Blaikie no 1*, *supra* note 32 à la p 1022.

D'ailleurs, nous ne sommes pas sans savoir que le juge Chantal Corriveau de la Cour supérieure du Québec en est arrivée à une conclusion différente de la nôtre dans l'affaire *Mitchell*¹⁶⁶. En effet, dans ce dossier, la juge Corriveau a affirmé notamment que les demandeurs avaient démontré un préjudice irréparable en cas d'entrée en vigueur des articles 9 et 208.6 de la loi 101¹⁶⁷, tels que modifiés par les articles 5 et 119 de la loi 96. Selon la juge Corriveau, les nouvelles dispositions peuvent rendre l'accès à la justice impossible ou illusoire dans le cas de procédures urgentes, en raison des délais et des coûts qu'elles entraînent. Il est probable, de dire la juge Corriveau, que cette exigence mène à un obstacle quant à l'accès à la justice¹⁶⁸.

Le jugement de la juge Corriveau a été rendu dans le contexte d'une demande de sursis, laquelle est de nature interlocutoire. Tout nous porte à croire que le juge qui se prononcera sur le fond du litige parviendra à la conclusion que les nouveaux articles 9 et 208.6 de la loi 101 sont invalides parce que, prétendra-t-il, ils vont à l'encontre de l'égalité réelle de l'anglais et du français en imposant des obstacles additionnels à l'accès aux tribunaux aux personnes morales d'expression anglaise et à leurs avocats. Cette perspective ne ternit aucunement notre conviction que les articles 9 et 208.6 en question ne devraient pas être déclarés invalides parce que, selon nous, la contrainte qu'ils imposent aux personnes morales ne déroge pas aux dispositions de l'article 133 de la loi de 1867 et, de toute façon, vise à mettre la langue française sur le même pied que la langue anglaise, en permettant aux locuteurs francophones de comprendre les procédures rédigées initialement en anglais. Et cela, c'est sans compter le fait que la contrainte qu'imposent les nouveaux articles 9 et 208.6 de la loi 101 ne nous semble pas disproportionnée par rapport à l'objectif urgent, réel et légitime de redynamiser et consolider le français en tant que langue de la justice au Québec¹⁶⁹.

Ajoutons à cela que les tribunaux appliquent généralement le principe de l'égalité réelle des langues anglaise et française de façon relativement théorique, et ce, même si ce principe est censé s'incarner dans la réalité concrète, dans les faits. En effet, ils appliquent le principe de l'égalité réelle sans tenir compte de la précarité du français, même au Québec. Cela constitue une erreur de leur part. Le nouvel article 9 de la loi 101 doit plutôt, à notre avis, être interprété en tenant compte de la faiblesse de la langue française en ce moment et, par conséquent, doit être déclaré valide.

¹⁶⁶ *Mitchell*, supra note 7.

¹⁶⁷ La date d'entrée en vigueur de ces dispositions devait être le 1^{er} septembre 2022.

¹⁶⁸ *Supra* note 7 au paragraphe 7.

¹⁶⁹ Cela étant dit, nous sommes conscients que l'article premier de la *Charte de 1982* ne s'applique pas à l'égard de l'article 133 de la loi de 1867. Cela ne signifie toutefois pas que le test de la proportionnalité, qui est justement lié à l'article premier de la *Charte*, ne devrait pas s'appliquer également dans le contexte de l'article 133 en cause.

d. Les articles 10 et 11 : La version française d'un jugement

En ce qui a trait maintenant au nouvel article 10 de la loi 101, dont l'adoption découle de la loi 96, il exige notamment qu'une version française soit jointe immédiatement à tout jugement rendu par écrit par un tribunal judiciaire lorsqu'il met fin à une instance ou présente un intérêt pour le public. De son côté, l'article 11 prévoit l'application de l'article 10 en question à toute décision rendue par écrit dans l'exercice d'une fonction juridictionnelle.

Ces dispositions ne sont pas inconstitutionnelles en tant que telles, mais leur application concrète ne sera sans doute pas sans soulever de sérieux problèmes. En effet, l'obligation de déposer une version française d'un jugement en même temps que la version originale en anglais risque d'occasionner des délais judiciaires.

Le temps requis pour la traduction des jugements est susceptible d'en retarder le dépôt. Pourtant, les juges sont déjà sous pression pour rendre leurs décisions dans des délais raisonnables¹⁷⁰. Que ferait-on par ailleurs s'il y avait des divergences importantes entre la version anglaise d'un jugement et sa traduction en français ? À quelle version accorderait-on la préférence¹⁷¹ ?

En outre, l'exigence contenue dans le nouvel article 10 de la loi 101 relativement à la traduction des jugements écrits constitue tout un défi au regard de la saine utilisation des ressources judiciaires de même que de l'arrêt *Jordan*. Et cela, c'est sans compter le fait que certains seront tentés de prétendre que cette exigence va à l'encontre de l'indépendance des juges. Ces arguments ne nous convainquent toutefois pas, entre autres parce que la pratique voulant que l'on traduise des jugements avant qu'ils ne soient rendus publics a fait ses preuves depuis longtemps dans l'ordre fédéral de gouvernement. Nous ne voyons aucune raison pour laquelle il n'en serait pas ainsi au Québec.

Bien que rien ne nous laisse croire que le nouvel article 10 de la loi 101 soit inconstitutionnel, il est très clair que son application concrète risque fort d'être laborieuse. Les mêmes commentaires s'appliquent également au nouvel article 11 de cette charte, quoique les conséquences soient évidemment moindres dans le cas des tribunaux administratifs que dans celui des cours de justice traditionnelles.

¹⁷⁰ Des délais de deux mois de délibéré sont imposés en ce qui concerne la Chambre de la jeunesse de la Cour du Québec, de deux mois en ce qui regarde la Division des petites créances et de six mois en ce qui a trait à la Chambre civile.

¹⁷¹ Ce type de problème pourrait toutefois être réglé en reconnaissant d'emblée — et explicitement — l'autorité prédominante de la version originale en anglais.

Permettons-nous d'ajouter que le second paragraphe de l'article 10 en cause crée une asymétrie entre certains jugements¹⁷² rendus par écrit en anglais et le même type de jugements rendus en français. En effet, les premiers peuvent être traduits en français par l'État à la demande de toute personne, alors que les seconds ne peuvent être traduits en anglais par l'État qu'à la demande d'une partie. Nous ne croyons toutefois pas que cette asymétrie condamne le deuxième paragraphe de l'article 10 susmentionné à l'inconstitutionnalité. En effet, n'oublions pas qu'une personne qui n'est pas une partie à un litige peut toujours faire traduire un jugement écrit en anglais à *ses propres frais*. De plus, l'expression « intérêt pour le public » est fort large en elle-même, de sorte qu'une foule de jugements présenteront un tel intérêt et devront par conséquent être traduits en anglais aux frais de l'État à la demande d'une partie. Notons d'ailleurs que l'article 9 de la loi 101 prévoyait déjà, avant que la loi 96 n'entre en vigueur, que tout jugement rendu par un tribunal judiciaire et toute décision rendue par un organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires doivent être traduits en français ou en anglais aux frais de l'État à la demande d'une partie. Cette disposition — qui ne s'applique d'ailleurs qu'aux parties et non à toute personne — n'a jamais été contestée devant les tribunaux, que nous sachions.

Somme toute, nous sommes d'avis que les articles 10 et 11 susmentionnés sont constitutionnels, mais que leur application risque d'être problématique. Notons au passage que la *Loi sur les langues officielles*¹⁷³ prévoit notamment ce qui suit, à son article 20 :

- 20(1)** Les décisions définitives — exposé des motifs compris — des tribunaux fédéraux sont simultanément mises à la disposition du public dans les deux langues officielles :
- a) si le point de droit en litige présente de l'intérêt ou de l'importance pour celui-ci ;
 - b) lorsque les débats se sont déroulés, en tout ou en partie, dans les deux langues officielles, ou que les actes de procédure ont été, en tout ou en partie, rédigés dans les deux langues officielles.

Le projet de loi C-13, *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles, édictant la Loi sur l'usage du français au sein des entreprises privées de compétence fédérale et apportant des modifications connexes à d'autres lois*¹⁷⁴, propose d'ajouter un alinéa au paragraphe 20(1) de la *Loi sur les langues officielles*, prévoyant que les décisions définitives des tribunaux fédéraux doivent également être simultanément mises à la disposition du public dans les deux langues officielles si elles ont valeur de précédent¹⁷⁵.

¹⁷² Il s'agit des jugements rendus par un tribunal judiciaire qui ne mettent pas fin à une instance ou qui ne présentent par un intérêt pour le public.

¹⁷³ *Loi sur les langues officielles*, LRC 1985, c 31.

¹⁷⁴ PL C-13, *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles, édictant la Loi sur l'usage du français au sein des entreprises privées de compétence fédérale et apportant des modifications connexes à d'autres lois*, 1^{ère} sess, 44^{ème} lég, parl, 2022 (première lecture le 1^{er} mars 2022).

¹⁷⁵ *Ibid*, voir para 12(1) du projet de loi C-13.

Le Québec, à notre avis, devrait fortement s'inspirer de ces dispositions et remanier en conséquence la loi 96. Ainsi balisés, les nouveaux articles 10 et 11 de la loi 101 seraient moins susceptibles d'être invalidés par les tribunaux.

e. Les articles 12 et 13 : Les nominations

Le nouvel article 12 de la loi 101 prévoit qu'il ne peut être exigé de la personne nommée à la fonction de juge qu'elle ait la connaissance ou un niveau de connaissance spécifique d'une langue autre que le français, hormis certaines circonstances. Quant au nouvel article 13, il étend l'application de l'article 12 aux personnes qui exercent une fonction de nature juridictionnelle au sein d'un organisme de l'administration gouvernementale.

Nous avons dit ci-dessus que l'article 133 de la loi de 1867 avait jusqu'à présent été interprété par la Cour suprême du Canada comme ne comprenant pas en lui-même le droit du justiciable d'être compris par le juge dans la langue officielle de son choix, mais que cette disposition pourrait néanmoins faire l'objet d'une interprétation plus souple et évolutive dans l'avenir. Nous estimons par conséquent que le nouvel article 12 de la loi 101 pourrait être éventuellement au cœur de contestations judiciaires.

Tel que vu précédemment, même le principe de l'indépendance judiciaire pourrait venir appuyer une interprétation plus soutenue et plus progressiste de l'article 133 de la loi de 1867. Or, dans l'arrêt *Valente*¹⁷⁶, la Cour suprême du Canada a énoncé que l'indépendance institutionnelle d'un tribunal touchait les « questions administratives qui ont directement un impact sur l'exercice de ses fonctions judiciaires »¹⁷⁷. Plus particulièrement, la Cour a conclu que l'indépendance institutionnelle ou collective des cours de justice comprenait minimalement l'assignation des juges aux causes, les séances de la cour, le rôle de la cour, ainsi que les domaines connexes de l'allocation de salles d'audience et de la direction du personnel administratif qui exerce ces fonctions¹⁷⁸. Or, la nomination de juges bilingues dans les régions où l'anglais est fortement utilisé touche l'assignation de ces derniers aux causes et peut-être même le rôle des cours.

¹⁷⁶ *Valente c La Reine*, [1985] 2 RCS 673 [*Valente*].

¹⁷⁷ *Ibid* à la p 676. Voir également à la page 712 de l'arrêt *Valente* : « On peut les [les aspects essentiels de l'indépendance institutionnelle qui peuvent raisonnablement être perçus comme suffisants pour les fins de l'alinéa 11d) de la *Charte de 1982*] résumer comme étant le contrôle par le tribunal des décisions administratives qui portent directement et immédiatement sur l'exercice des fonctions judiciaires ». Voir par ailleurs le *Renvoi sur la rémunération des juges*, *supra* note 81; *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 RCS 3 aux para 117 et 251 [*Renvoi sur l'indépendance et l'impartialité des juges*].

¹⁷⁸ Sur ce point, voir *Valente*, *ibid* à la p 709. Cette idée fut reprise dans le *Renvoi sur la rémunération des juges*, *ibid*; *Renvoi sur l'indépendance et l'impartialité des juges*, *ibid* au para 117.

L'article 133 de la loi de 1867, tel qu'interprété par les cours de justice, pourrait donc, l'un de ces jours, comporter l'obligation d'imposer la maîtrise de l'anglais comme condition de nomination des juges (ou des juges de paix magistrats) par le gouvernement du Québec dans les régions où l'anglais est beaucoup employé. Soit dit en passant, une telle interprétation de l'article 133 militerait également en faveur de la nomination de juges bilingues — anglais et français — à la Cour suprême du Canada, en tant que tribunal visé par l'article 133 en question¹⁷⁹.

Dans cette veine, il y a tout lieu de souligner la décision rendue par le juge Immer de la Cour supérieure du Québec le 2 février 2022¹⁸⁰. Cette décision porte principalement sur la relation qui existe — ou qui devrait exister — entre le juge en chef de la Cour du Québec et le ministre de la Justice du Québec relativement à la nomination des juges. Ainsi, selon le juge Immer, le ministre de la Justice ne peut pas intervenir dans le processus d'administration de la sélection des candidats pour écarter, en tout ou en partie, les besoins exprimés par le juge en chef en ce qui touche les postes de juge à pourvoir, incluant les besoins portant sur le bilinguisme des candidats.

Pour parvenir à ces conclusions, le juge Immer s'est beaucoup fondé sur l'article 7 du *Règlement sur la procédure de sélection des candidats à la fonction de juge de la Cour du Québec, de juge d'une cour municipale et de juge de paix magistrat*¹⁸¹. Cette mesure prévoit ce qui suit :

7. Lorsqu'un juge doit être nommé et après avoir pris en considération les besoins exprimés par le juge en chef de la Cour du Québec ou, le cas échéant, ceux exprimés par la municipalité où est situé le chef-lieu de la cour municipale et par le juge en chef adjoint de la Cour du Québec responsable des cours municipales, le secrétaire ouvre, à la demande du ministre, un concours et fait publier dans le Journal du Barreau du Québec et sur le site Internet du ministère de la Justice un avis invitant les personnes intéressées à soumettre leur candidature.

Le juge Immer a interprété cette disposition comme signifiant que c'est le juge en chef de la Cour du Québec qui doit fixer les besoins des postes à pourvoir et que le ministre n'a

¹⁷⁹ La Cour suprême du Canada a été constituée à l'origine par le Parlement fédéral, lequel a adopté pour ce faire la *Loi sur la Cour suprême*, LRC 1985, c S-26. Cette loi ne contient rien en ce qui touche le bilinguisme des juges de la Cour. Il est très clair cependant dans notre esprit que, si les tribunaux devaient faire incidemment une interprétation plus large de l'article 133 de la loi de 1867 — par exemple en exigeant que les juges des cours visées par cet article maîtrisent la langue officielle choisie par le justiciable —, cela vaudrait également pour la Cour suprême. Le volet fédéral de l'article 133 en question est, comme on le sait, le pendant ou la contrepartie historique du volet québécois de ce même article. Ces deux volets ou dimensions dudit article 133 doivent se voir donner la même interprétation constitutionnelle.

¹⁸⁰ *Conseil de la magistrature c Ministre de la Justice du Québec*, 2022 QCCS 266 [*Conseil c Ministre*].

¹⁸¹ *Règlement sur la procédure de sélection des candidats à la fonction de juge de la Cour du Québec, de juge d'une cour municipale et de juge de paix magistrat*, RLRQ, c T-16, r 4.1.

pas voix au chapitre, si ce n'est pour rejeter, en fin de parcours, les candidats proposés dans le cadre du processus de sélection¹⁸².

Le juge Immer a conclu que le ministre de la Justice ne jouit d'aucun pouvoir quant à la rédaction des avis de sélection des candidats à la fonction de juge à la Cour du Québec et que l'intervention du ministre dans la préparation et la publication de ces avis était *ultra vires* et illégale¹⁸³.

Sur la question linguistique à proprement parler, la décision du juge Immer contient cependant relativement peu de choses nouvelles. Tout simplement, il en vint à la conclusion que la démonstration n'avait pas été faite — par le procureur général du Québec — que la juge en chef Rondeau cherchait à redéfinir les droits linguistiques et à octroyer des droits en marge de la législation québécoise, sous couvert de fixer des besoins. Le juge Immer rappelle toutefois ce qui suit :

Les droits consacrés à l'art. 133 LC 1867 ne sont pas réservés aux personnes qui ont « l'anglais » ou « l'anglais et une autre langue que le français » comme langue maternelle. La Cour suprême dans *Maazrani* rappelle les principes énoncés quelques trente ans plus tôt dans *Beaulac* à l'effet que « les droits linguistiques protègent le droit d'une personne de faire un choix personnel ». Ce droit « ne dépend pas de facteurs externes comme la maîtrise de la langue choisie ou le patrimoine linguistique de la personne » et « il n'y a pas lieu de vérifier si elle s'exprime mieux dans une langue ou l'autre ». Ainsi, la personne qui veut utiliser l'anglais, à l'oral ou à l'écrit, n'a pas à se justifier.¹⁸⁴

Un peu plus loin, le juge Immer explique que, dans l'arrêt *Blaikie n° 1*, la Cour suprême du Canada a reconnu que le droit de parler dans la langue officielle de son choix — droit qui découle notamment de l'article 133 de la loi de 1867 — échoit autant au justiciable qu'au juge. Et le juge Immer d'ajouter que, sept ans après l'arrêt *Blaikie n° 1*, dans l'arrêt *MacDonald*, la Cour suprême a confirmé que l'article 133 imposait à tous l'obligation de ne pas enfreindre les droits linguistiques que confère cet article en matière de langue des procédures judiciaires et qu'il serait illégal pour un juge d'interdire l'usage de l'une ou l'autre langue dans le prétoire¹⁸⁵.

¹⁸² *Conseil c Ministre*, *supra* note 179 au para 113.

¹⁸³ *Ibid* au para 204.

¹⁸⁴ *Ibid* au para 145.

¹⁸⁵ *Ibid* aux para 150-151. Nous croyons personnellement que le juge Immer en est venu, à cet égard, à une conclusion erronée. En effet, l'article 7 du *Règlement sur la procédure de sélection des candidats à la fonction de juge de la Cour du Québec, de juge d'une Cour municipale et de juge de paix magistrat* — RLRQ, c T-16, r 4.1 — prévoit que ce doit être à la demande du ministre que le secrétaire à la sélection des candidats à la fonction des juges ouvre un concours et fait publier l'avis de poste à pourvoir. Il n'est pas inconcevable, loin de là, que le ministre de la Justice demande instamment, voire exige que ce poste soit bilingue. La même logique ne s'appliquerait-elle pas à l'égard d'un poste unilingue francophone? Poser la question, c'est y répondre. D'ailleurs, disons-le franchement, nous ne pensons pas qu'il appartienne au secrétaire de déterminer si tel ou tel poste de juge à pourvoir doit être unilingue ou non. Que cela soit fait ponctuellement ou que, au contraire, cela soit fait systématiquement, cela relève à notre avis du gouvernement, dont le

On retiendra essentiellement de cette décision du juge Immer que l'indépendance judiciaire milite fortement en faveur du rôle prépondérant du juge en chef de la Cour du Québec en ce qui touche la détermination des besoins de la Cour en matière linguistique et le bilinguisme des candidats à un poste de juge. Une interprétation un peu plus libérale de l'article 133 de la loi de 1867, soit une interprétation un peu plus large que celle que les tribunaux lui ont donnée jusqu'à présent, ne pourrait que venir conforter ce « rôle prépondérant ».

La décision du juge Immer renforce par ailleurs l'idée voulant que le principe de l'indépendance judiciaire ait un impact sur la nomination de juges bilingues. Comme nous l'avons vu ci-dessus, ce principe pourrait même jouer éventuellement sur l'interprétation de l'article 133 de la loi de 1867. Le cas échéant, le nouvel article 12 de la loi 101 pourrait être fortement menacé. Quant au nouvel article 13 de cette charte — article dont l'adoption découle de l'article 5 de la loi 96 —, son sort pourrait être différent de celui de l'article 13, puisque l'indépendance judiciaire dont bénéficient les personnes qui assument des fonctions juridictionnelles est moindre que celle dont jouissent les juges des cours de justice régulières. Cela veut donc dire que le recours à l'indépendance judiciaire pour soutenir une interprétation large de l'article 133 de la loi de 1867 risque d'avoir moins d'incidence à l'égard des tribunaux administratifs qu'à l'endroit des tribunaux de droit commun et des autres cours de justice dites traditionnelles.

Nous estimons donc qu'il est plus probable qu'improbable que l'article 13 susmentionné soit épargné par les tribunaux, et ce, même si ces derniers devaient opter incidemment pour

ministre de la Justice est le représentant pour les affaires judiciaires. Décréter que, dans certaines régions du Québec, les postes de juge à pourvoir doivent être bilingues relève davantage de la politique publique que de la discrétion d'un secrétaire. En raison de son importance et de son impact sur le paysage et la situation linguistique du Québec, pareille décision ne peut être prise que par le gouvernement et par ses représentants dûment autorisés. Il faut d'ailleurs présumer à cet égard que lorsque le ministre de la Justice parle, il parle au nom du gouvernement dont il fait partie. Nous sommes donc d'avis que l'article 7 du Règlement n'interdit pas au ministre de la Justice du Québec d'imposer l'ouverture de postes de juges bilingues dans certaines régions du Québec, voire dans tout le Québec s'il le fallait. Dans la même veine, il n'interdit pas au ministre de la Justice de demander, voire d'imposer l'ouverture de postes de juges unilingues francophones s'il estimait que cela sert les intérêts supérieurs du Québec et que cela ne va pas à l'encontre des droits constitutionnels des anglophones. Le ministre de la Justice du Québec est mieux placé que le secrétaire pour juger de la situation démolinguistique prévalant au Québec. Peu importe, il appert que l'article 176 de la loi 96 modifie le *Règlement sur la procédure de sélection des candidats à la fonction de juge de la Cour du Québec, de juge de la Cour municipale et de juge de paix magistrat*, RLRQ c T-16, r 4.1 afin d'y ajouter un nouvel article se lisant comme suit : « 9.1. L'avis ne peut prévoir l'exigence que les candidats à la fonction de juge aient la connaissance ou un niveau de connaissance spécifique d'une langue autre que la langue officielle pour le poste, sauf si le ministre, après consultation du ministre de la Langue française, estime que, d'une part, l'exercice de cette fonction nécessite une telle connaissance et que, d'autre part, tous les moyens raisonnables ont été pris pour éviter d'imposer une telle connaissance ». Cette modification constitue en partie la réponse du ministre Simon Jolin-Barrette à la décision du juge Immer.

une interprétation large de l'article 133 de la loi de 1867. Il est toutefois plus hasardeux de prédire le sort que ces mêmes tribunaux réserveront éventuellement à l'article 12 de la loi 96, quoique la décision du juge Immer nous en donne un indice.

Il y a lieu de mentionner ici que le ministre de la Justice du Québec, Simon Jolin-Barrette, n'a pas tardé à réagir à la décision du juge Immer. En effet, il a modifié la loi 96 alors qu'elle n'était alors qu'un projet de loi, de façon à amender le *Règlement sur la procédure de sélection des candidats à la fonction de juge de la Cour du Québec, de juge d'une cour municipale et de juge de paix magistrat* de même que la *Loi sur les tribunaux judiciaires*¹⁸⁶. Ces modifications à la loi 96 ont été finalement adoptées. Ainsi, cette dernière loi prévoit que la *Loi sur les tribunaux judiciaires* soit modifiée de sorte que le ministre de la Justice ne puisse exiger un critère additionnel à ceux déterminés en vertu du paragraphe 4^o du premier alinéa de l'article 88 de cette dernière loi, en lien avec la connaissance ou le niveau de connaissance spécifique des candidats à la fonction de juge d'une langue autre que la langue officielle, sauf si, conformément à l'article 12 de la loi 101, le ministre estime, après consultation du ministre de la Langue française, que, d'une part, l'exercice de cette fonction nécessite une telle connaissance et que d'autre part, tous les moyens raisonnables ont été pris pour éviter d'imposer un tel critère.

Du reste, la loi 96 prévoit que, dans son évaluation, le ministre ne peut être tenu de prendre en considération d'autres données que celles relatives au nombre de juges qui ont une connaissance d'une langue autre que la langue officielle et au nombre d'audiences tenues en application de l'article 530 du *Code criminel*¹⁸⁷, dans une telle langue.

Le règlement susmentionné a aussi été modifié, entre autres de façon à ce que l'avis invitant les personnes à soumettre leur candidature à la fonction de juge ne puisse prévoir l'exigence que les candidats aient la connaissance ou un niveau de connaissance spécifique d'une langue autre que la langue officielle pour le poste, sauf si le ministre de la Justice, après consultation du ministre de la Langue française, estime que, d'une part, l'exercice de cette fonction nécessite une telle connaissance et que, d'autre part, tous les moyens raisonnables ont été pris pour éviter d'imposer une telle connaissance.

Ces diverses dispositions ont été rapidement contestées par la juge en chef de la Cour du Québec¹⁸⁸. Il est tout à fait possible qu'elles soient éventuellement invalidées par les cours

¹⁸⁶ *Loi sur les tribunaux judiciaires*, RLRQ c T-16. Sur la modification de cette loi et du *Règlement sur la procédure de sélection des candidats à la fonction de juge de la Cour du Québec, de juge d'une cour municipale et de juge de paix magistrat*, voir : Québec légifère pour interdire le bilinguisme exigé chez les juges, *La Presse*, 21 mars 2022, en ligne : <<https://www.lapresse.ca/actualites/politique/2022-03-21/quebec-legifere-pour-interdire-le-bilinguisme-exige-chez-les-juges.php>>.

¹⁸⁷ *Code criminel*, LRC 1985, c C-46.

¹⁸⁸ Sur ce point, voir l'article suivant, en ligne : <<https://www.journaldequebec.com/2022/08/11/langue-francaise--la-juge-en-chef-attaque-encore-le-ministre-jolin-barrette>>.

de justice, conformément à l'esprit du jugement du juge Immer et au raisonnement de ce dernier.

Pour notre part, nous ne pensons pas qu'il appartienne au juge en chef de la Cour du Québec de déterminer si tel ou tel poste de juge (ou de juge de paix magistrat) à pourvoir doit être bilingue ou non. Que cela soit fait ponctuellement ou que, au contraire, cela soit fait systématiquement, cela relève à notre avis du gouvernement, dont le ministre de la Justice est le représentant pour les affaires judiciaires. Décréter que, dans certaines régions du Québec, les postes de juge à pourvoir doivent être bilingues relève de la politique publique selon nous. En raison de son importance et de son impact sur le paysage et la situation linguistiques du Québec, pareille décision ne peut être prise que par le gouvernement et par ses représentants dûment autorisés. Il faut d'ailleurs présumer à cet égard que lorsque le ministre de la Justice parle, il parle au nom du gouvernement dont il fait partie.

D) L'article 119 de la loi 96 : La procédure

L'article 119 de la loi 96 prévoit ce qui suit :

L'acte de procédure auquel n'est pas joint, en contravention à l'article 9, une traduction certifiée par un traducteur agréé ne peut être déposé au greffe d'un tribunal ou au secrétariat d'un organisme de l'Administration qui exerce une fonction juridictionnelle ou au sein duquel une personne nommée par le gouvernement ou par un ministre exerce une telle fonction. Le greffier ou le secrétaire avise sans délai la personne morale concernée du motif pour lequel l'acte de procédure ne peut être déposé.

Comme on le voit, cette disposition vient compléter l'article 9 de la loi 101*e*, dont l'adoption découle de l'article 5 de la loi 96. Nous avons dit précédemment que l'article 9 en question était constitutionnel à notre avis. Il en va de même, croyons-nous, pour l'article 119 de la loi 96.

Plus spécialement, nous croyons que les articles 9 et 119 susmentionnés ne vont pas à proprement parler à l'encontre de l'égalité du français et de l'anglais dans le domaine de la justice, égalité que promeut l'article 133 de la loi de 1867. Au contraire, ils vont dans le sens de cette égalité, en permettant aux francophones d'avoir accès dans leur langue aux actes de procédure déposés en anglais par les personnes morales. En d'autres termes, ces dispositions donnent aux francophones des droits équivalant à ceux des anglophones en ce qui touche certains actes de procédure soumis aux cours de justice¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Le paragraphe 16(3) de la *Charte de 1982* encourage expressément le Parlement et les législatures provinciales à favoriser la progression vers l'égalité du français et de l'anglais au Canada. Si l'on en croit la jurisprudence de la Cour suprême, c'est, plus exactement, vers une égalité *réelle* entre ces deux langues que l'on doit tendre en matière d'accès aux tribunaux : *Beaulac, supra* note 14 au para 24. À notre avis, l'article 119 de la loi 96 s'inscrit carrément dans cet esprit. Il en est de même d'ailleurs, croyons-nous, pour le nouvel article 9 de la loi 101, dont l'adoption découle de l'article 5 de la loi 96.

Cela dit, nous sommes pleinement conscients que la Cour supérieure du Québec est parvenue à une conclusion différente de la nôtre à l'occasion de l'affaire *Mitchell*, affaire dont nous avons parlé précédemment.

E) L'article 121 de la loi 96 : Les dispositions dérogatoires

L'article 121 de la loi 96 est celui qui contient les dispositions dérogatoires. L'une d'elles exclut l'application des articles 1 à 38 de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁹⁰ du Québec. Elle renvoie tacitement à l'article 52 de cette charte. L'autre prévoit spécifiquement que « [l]a présente loi a effet indépendamment des articles 2 et 7 à 15 de la Loi constitutionnelle de 1982 [...] ». Cela est en lien avec l'article 33 de la *Charte de 1982*. Les dispositions dérogatoires que contient la loi 96 ne s'appliquent pas à l'égard des droits linguistiques, tels ceux qui découlent de l'article 133 de la loi de 1867 ou de l'article 23 de la *Charte*.

Ces dispositions dérogatoires sont conformes aux enseignements de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ford*¹⁹¹. En effet, dans cette affaire, la Cour avait imposé des conditions de forme plutôt que de fond en ce qui touche le recours à l'article 33 de la loi de 1982. Dans le cas de la loi 96, ces conditions de forme ont été respectées.

Il n'y a pas lieu de juger ou de tenter de juger des motivations du législateur lorsqu'il exerce le pouvoir dérogatoire. On peut certes débattre du bien-fondé de l'existence d'un pareil pouvoir, voire de la légitimité de l'usage de celui-ci, mais cela ne saurait en remettre en question la validité.

Toutefois, le pouvoir dérogatoire prévu à l'article 33 de la *Charte de 1982* ne vaut que pour cinq ans. L'usage de ce pouvoir est renouvelable indéfiniment, de cinq ans en cinq ans. De son côté, le pouvoir dérogatoire de l'article 52 de la *Charte des droits et libertés de la personne* ne connaît pas de limites de temps. Ces deux articles, 33 et 52, empêchent notamment, lorsqu'ils sont mis en œuvre, l'application des droits à l'égalité contenus dans la *Charte de 1982* ou la *Charte des droits et libertés de la personne*.

Les pouvoirs dérogatoires prévus à l'article 33 de la *Charte de 1982* et à l'article 52 de la *Charte des droits et libertés de la personne* n'ont pas d'application à l'égard des droits linguistiques de nature constitutionnelle, comme ceux contenus dans l'article 133 de la loi de 1867. Cela signifie que le législateur québécois ne saurait soustraire la loi 96 à

¹⁹⁰ *Charte québécoise*, *supra* note 11.

¹⁹¹ *Ford*, *supra* note 53.

l'application de l'article 133 de la loi de 1867, tel qu'interprété par les tribunaux en ce moment, ni tel qu'il pourrait être interprété par les tribunaux éventuellement.

F) L'article 150 de la loi 96 : la Loi d'interprétation

L'article 150 de la loi 96 contient une modification à la *Loi d'interprétation*¹⁹², modification qui se lit comme suit :

La Loi d'interprétation (chapitre I-16) est modifiée par l'insertion, après l'article 40, des suivants :

« 40.1. Les lois doivent être interprétées de manière à ne pas supprimer ou restreindre la jouissance ou l'exercice d'un droit visant à protéger la langue française conféré par la Charte de la langue française (chapitre C-11).

« 40.2. Toute loi est présumée permettre d'utiliser seulement le français dans l'exécution des obligations qu'elle prévoit.

« 40.3. Toute loi doit être interprétée de manière à favoriser l'utilisation et la protection du français ».

Les articles 40.1 et 40.3, dont l'adoption découle de l'article 150 de la loi 96, nous semblent constitutionnels à première vue. Ils n'écartent pas l'usage de l'anglais. Ils ne font que renforcer celui du français. L'article 40.2 est toutefois d'une validité un peu plus douteuse. En effet, on pourrait toujours soutenir que l'usage exclusif du français — en ce qui touche l'exécution des obligations prévues par les lois québécoises — va à l'encontre des règles usuelles d'interprétation. Si l'article 40.2 en question était contesté dans l'arène judiciaire, il y a fort à parier qu'il serait invalidé par les tribunaux.

Somme toute, l'article 150 de la loi 96 nous paraît non contestable, à l'exception de la partie de cet article qui prévoit que « [t]oute loi est présumée permettre d'utiliser seulement le français dans l'exécution des obligations qu'elle prévoit ».

G) L'article 166 de la loi 96 : Les modifications constitutionnelles

L'article 166 de la loi 96 propose qu'il soit inscrit dans la loi de 1867 que « [l]es Québécoises et les Québécois forment une nation » et que « [l]e français est la seule langue officielle du Québec. Il est aussi la langue commune de la nation québécoise ».

Il s'agit d'une modification constitutionnelle unilatérale, accomplie par l'Assemblée nationale du Québec en vertu de l'article 45 de la loi de 1982.

L'article 45 en question autorise chaque province à apporter des modifications constitutionnelles relativement à des enjeux ou des sujets touchant sa propre constitution.

¹⁹² *Loi d'interprétation*, RLRQ c I-16.

Il est très clair que cette disposition, qui continue dans les faits l'ancien paragraphe 92(1) de la loi de 1867¹⁹³, ne vise que ce que l'on pourrait appeler la régie interne de la province concernée. C'est-à-dire que toute modification constitutionnelle qui dépasse les intérêts d'une province quelconque se doit d'échapper à la portée de l'article 45 pour tomber plutôt sous le couvert de l'une ou l'autre des autres modalités de modification constitutionnelle. Entre autres, notons l'article 43 de la loi de 1982, qui peut aussi s'appliquer à des modifications constitutionnelles qui ne concernent qu'une seule province — à l'instar de l'article 45 de cette loi —, mais qui s'applique néanmoins nécessairement à des modifications constitutionnelles qui échappent, tant dans leur esprit que dans leur libellé, à l'article 45 en question¹⁹⁴.

En réalité, l'article 45 de la loi de 1982 n'a qu'une portée limitée. En effet, il ne s'applique *pas* dans les situations suivantes :

- les modifications couvertes par les autres modalités de modification constitutionnelle, dont celles concernant la charge de lieutenant-gouverneur;
- les modifications touchant le principe fédéral ou les relations fédérales-provinciales;
- les modifications touchant l'ordre fédéral de gouvernement ou une autre province canadienne¹⁹⁵;

¹⁹³ Le paragraphe 92(1) de la loi de 1867 a été abrogé au moment de l'entrée en vigueur de la loi de 1982, en vertu du paragraphe 53(1) et de l'annexe de cette loi. Il a été remplacé par l'article 45 de la loi de 1982, lequel prévoit désormais ce qui suit : « 45. Sous réserve de l'article 41, une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province ».

¹⁹⁴ L'article 45 de la loi de 1982 ne vise que les modifications constitutionnelles qui portent sur la constitution de la province. L'article 43 de cette loi s'adresse forcément à des modifications constitutionnelles qui échappent à la portée dudit article 45, et ce, que ce soit en raison de leur esprit ou en raison de leur libellé.

¹⁹⁵ Dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, *supra* note 93, la Cour suprême du Canada a rappelé que le paragraphe 92(1) de la loi de 1867 accordait à chaque législature provinciale le pouvoir de modifier la constitution de la province, à la condition que ces modifications n'affectent pas les intérêts des autres gouvernements, fussent-ils fédéral ou provinciaux. La Cour s'est exprimée comme suit au para 47 et 48 :

« Les paragraphes 91(1) et 92(1) de la Loi constitutionnelle de 1867 accordaient aux gouvernements fédéral et provinciaux le pouvoir de modifier leurs constitutions respectives, à condition que les modifications ne mettent pas en cause les intérêts des autres ordres de gouvernement. [...] De même, le par. 92(1) permettait aux législatures provinciales d'adopter des modifications dans la mesure où elles portaient uniquement sur « le fonctionnement d'un organe du gouvernement de la province, pourvu qu'elle ne soit pas par ailleurs intangible parce qu'indivisiblement liée à la mise en œuvre du principe fédéral ou à une condition fondamentale de l'union » : *SEFPO*, *supra* note 84 à la p 40, le juge Beetz. Les arts 44 et 45, qui ont remplacé ces dispositions, accordent au Parlement fédéral et aux législatures provinciales la capacité de modifier unilatéralement certains éléments de la Constitution qui concernent leur propre ordre de gouvernement, mais qui ne mettent pas en cause les intérêts des autres ordres de gouvernement. Ce pouvoir limité d'effectuer des changements unilatéralement reflète le principe selon lequel le Parlement et les provinces sont des acteurs égaux dans la structure constitutionnelle canadienne. Aucun des ordres de gouvernement, agissant seul, ne peut modifier les nature et rôle fondamentaux des institutions créées par la Constitution. Toutefois, ces institutions peuvent être maintenues et même changées jusqu'à un certain point en vertu des arts 44 et 45, à condition que leur nature et leur rôle fondamentaux demeurent intacts ».

- les modifications touchant les conditions fondamentales de l'Union de 1867 ou, plus largement, le compromis fédératif¹⁹⁶;
- les modifications visant à accomplir la sécession du Québec;
- les modifications visant à mettre en place des institutions politiques incompatibles avec le système canadien;
- les modifications touchant la structure ou l'architecture fondamentale de l'État canadien;
- les modifications affectant la nature et le rôle fondamentaux des institutions créées par la Constitution; et
- les modifications touchant les principes constitutionnels sous-jacents ou implicites.

La grande question qui se pose dans le cas qui nous occupe est celle de savoir si les modifications constitutionnelles prévues dans la loi 96 ne concernent que le Québec. Nous sommes d'avis que oui. Elles ne changent absolument rien à la structure ou architecture fondamentale du Canada, ni au statut juridique ou politique de chacun des partenaires fédératifs, ni à la dynamique des relations intergouvernementales et ni aux conditions historiques de l'Union canadienne.

Une autre question qui se pose lorsque l'on analyse l'article 45 de la loi de 1982 est celle de savoir si cette mesure permet que les provinces accomplissent unilatéralement des modifications à la loi de 1867 ou à d'autres lois composant la Constitution formelle au Canada. Certains prétendent en effet que l'article 45 en question ne permet que l'adoption ou la modification de lois provinciales, fussent-elles de nature organique ou non¹⁹⁷. Nous

¹⁹⁶ *SEFPO, ibid* à la p 40.

¹⁹⁷ Ian Peach, « Quebec Bill 96 – Time for a Primer on Amending the Constitution », (2021) 30-3 Const Forum Const. Sur ce point, Ian Peech y affirme aux pages 3 et 4 de son article que l'article 45 de la loi de 1982 prévoit que seule la constitution de la province — par opposition à la Constitution du Canada — puisse être modifiée. Il s'est entre autres exprimé en ces termes : « If one reads Part V carefully, one notices that section 45 says that “[s]ubject to section 41, the legislature of each province may exclusively make laws amending the constitution of the province.” The important point to keep in mind about this provision is that it allows provinces to unilaterally amend only the “constitution of *the province*” (my emphasis). The Quebec government, however, proposes not to amend the constitution of Quebec, but the *Constitution Act, 1867*, which is part of the Constitution of Canada. The difference between the “constitution of the province,” with a lower-case “c,” and the “Constitution of Canada,” with an uppercase “C,” is critically important to understanding which constitutional amending procedure governs this proposed amendment. » p.3; « The word “only” in section 43 is critical to understanding how the Quebec government’s proposed constitutional amendment can be made constitutionally. What the Quebec government proposes to do by adding a new section to the Constitution Act, 1867 that would only apply in Quebec is to make an amendment to the Constitution of Canada, not the constitution of the province of Quebec. Thus, according to section 43, such an amendment could only be made where so authorized by both the Quebec National Assembly and the federal Parliament. » p 3 et 4. Voir également : Maxime St-Hilaire, Patrick F Baud et Elena S Drouin, « The Constitution of Canada as Supreme Law: A New Definition », (2019) 28-1 Const Forum Const 7, aux pages 8, 9, 10 et 11: « Indeed, subsection 52(2) of the CA 1982 is all the less useful in identifying the supreme law’s contents when we consider how many provisions included in the instruments it refers to do not belong to the supreme law as properly understood: that is, in a way that makes sense given different legal effects. This is because many such provisions may be amended or repealed by ordinary legislation enacted by a

ne partageons pas ce dernier point de vue car, si tel était le cas, l'article 45 ne serait absolument d'aucune utilité.

D'ailleurs, rappelons que ledit article 45 figure dans la partie de la loi de 1982 qui est réservée à la « procédure de modification de la Constitution du Canada » (soit la partie V). La « Constitution du Canada » est elle-même définie au paragraphe 52(2) de la loi de 1982. Elle comprend la loi de 1867¹⁹⁸. Bien que l'article 45 en cause ne parle pas de la « Constitution du Canada » en tant que telle — contrairement aux autres dispositions charnières de la partie V de la loi de 1982 — mais parle plutôt de la Constitution de la province, il s'inscrit dans une dynamique d'ensemble et doit être interprété en tenant compte des autres modalités de modification constitutionnelle établies par la loi de 1982. L'article 45 vise peut-être plus que la « Constitution du Canada », mais il ne vise certainement pas moins¹⁹⁹.

regular legislator, notably under sections 44 or 45 of the CA 1982. It is contingent, if not unfortunate, that the latter sections have been put into Part V of the CA 1982, titled “Procedure for Amending Constitution of Canada.” Their predecessor provisions, subsections 91(1) — its 1949-introduced version — and 92(1) of the CA 1867 rightly appeared in Part VI of that Act, titled “Distribution of Legislative Powers.” Unlike most other sections in Part V of the CA 1982, sections 44 and 45 do not provide, or participate in the provision, of a special, constraining, and ad hoc procedure. Instead, they simply confer jurisdiction to those regular legislators that are the federal Parliament and the provincial legislatures. » aux pp 8 et 9; « As a result of the foregoing, we must not only discard subsection 52(2) of the CA 1982 in favour of a procedural criterion for determining whether a given provision is part of the supreme law of Canada, but also reject from this criterion sections 44 and 45, even though they appear in Part V, whose title suggests that its provisions are entirely devoted to the constitutional amendment procedure. » p 10; « We can therefore define the content of the supreme law of Canada as being composed of all the “written” law: that is, the legal provisions, whose amendment, repeal, or enactment now 53 (and since April 17, 1982) fall under the constituent competency that is established by the true and variable constitutional amendment procedure established by the CA 1982. As we said, this procedure is mostly provided for in Part V of the CA 1982, but includes section 35.1, which is in Part II of the CA 1982, and excludes sections 44 and 45, which are in Part V. That said, this article is not the best venue to detail the constitutional amendment procedure and the ongoing complex (and complicated) jurisprudential and academic debates it generates. » p 11. Enfin, voir : Emmett Macfarlane, « Quebec’s attempt to unilaterally amend the Canadian Constitution won’t fly », Policy Options « 2021 », en ligne : <<https://policyoptions.irpp.org/magazines/may-2021/quebecs-attempt-to-unilaterally-amend-the-canadian-constitution-wont-fly/>>. Macfarlane y soutient notamment ce qui suit : « Why then is the attempt to insert these two new provisions beyond Quebec’s power? First, recognition of Quebecers as a nation *in the Canadian Constitution* extends beyond the traditional bounds of the “provincial constitution” for the purposes of section 45 of the amending formula. [...] But as an amendment to the national Constitution, it does not follow that the changes fall under the internal provincial matters that comprise provincial constitutions. The provision would confer new, unprecedented recognition of a social fact by the Canadian Constitution. It is thus not an amendment to the internal machinery of the Quebec state, like electoral reform or changes the provincial legislature would be – things that clearly fall within the scope of section 45’s provincial amending procedure. Instead, it imposes recognition of a contested fact on the rest of the federation. It is thus clear, in my view, that the general amending procedure, requiring the approval of the federal House and Senate and at least seven provinces representing at least fifty percent of the population, is needed ».

¹⁹⁸ Par l'effet de l'alinéa 52(2)b), du paragraphe 53(1) et de l'annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

¹⁹⁹ Le concept de « constitution de la province » vise assurément la partie V de la loi de 1867, intitulée « constitutions provinciales ». Il vise également potentiellement d'autres mesures faisant partie de la Constitution formelle au Canada. Mais il est aussi susceptible de comprendre des lois organiques d'importance fondamentale comme la *Loi sur l'Assemblée nationale*, RLRQ, c A-23.1, la *Loi sur l'exécutif*,

Soulignons de surcroît que l'article 45 de la loi de 1982 est censé avoir la même portée sur la scène provinciale que celle qu'a l'article 44 de cette loi sur la scène fédérale²⁰⁰. Or, en vertu de ce dernier article ou de son ancêtre, le paragraphe 91(1) de la loi de 1867²⁰¹, le Parlement a déjà modifié dans le passé des dispositions de cette dernière loi. C'est le cas par exemple pour le paragraphe 51(1) de la loi de 1867, qui a été modifié par la *Loi sur la représentation équitable*²⁰². Pourquoi alors, dans ce cas, le Québec ne pourrait-il pas lui aussi modifier la loi de 1867 ?

N'oublions pas non plus que c'est en toute légalité et constitutionnalité que la législature québécoise a aboli son conseil législatif en 1968²⁰³.

De reste, il y a lieu de souligner que l'article 45 de la loi de 1982 joue essentiellement le même rôle que jouait jadis le paragraphe 92(1) de la loi de 1867²⁰⁴. Or, le paragraphe 92(1)

RLRQ c E-18, la *Loi sur les tribunaux judiciaires* RLRQ, c T-16, la loi 101, *supra* note 43 ou même la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, RLRQ c E-20.2.

²⁰⁰ Dans le *Renvoi : compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 RCS 54, la Cour suprême du Canada a notamment affirmé, au paragraphe 70, que « [l]e pouvoir de modification conféré par le para 91(1) est limité à ce qui concerne uniquement le gouvernement fédéral. De plus, dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, [2014] 1 RCS 704, au paragraphe 48, la Cour a reconnu ce qui suit : « Les art. 44 et 45, qui ont remplacé ces dispositions, accordent au Parlement fédéral et aux législatures provinciales la capacité de modifier unilatéralement certains éléments de la Constitution qui concernent leur propre ordre de gouvernement, mais qui ne mettent pas en cause les intérêts des autres ordres de gouvernement. Ce pouvoir limité d'effectuer des changements unilatéralement reflète le principe selon lequel le Parlement et les provinces sont des acteurs égaux dans la structure constitutionnelle canadienne. Aucun des ordres de gouvernement, agissant seul, ne peut modifier les nature et rôle fondamentaux des institutions créées par la Constitution. Toutefois, ces institutions peuvent être maintenues et même changées jusqu'à un certain point en vertu des art. 44 et 45, à condition que leur nature et leur rôle fondamentaux demeurent intacts ». Somme toute, il ressort des deux renvois en question que la portée du pouvoir unilatéral de modification constitutionnelle attribué au Parlement est identique à celle du pouvoir unilatéral de modification constitutionnelle octroyé aux législatures provinciales.

²⁰¹ Le paragraphe 91(1) de la loi de 1867 permettait au Parlement de modifier unilatéralement, par simple loi, la Constitution du Canada, sauf en ce qui concerne les matières rentrant dans les catégories de sujets attribués exclusivement aux législatures des provinces, ou en ce qui concerne les droits ou privilèges accordés ou garantis à la législature ou au gouvernement d'une province, ou à quelque catégorie de personnes en matières d'écoles, ou en ce qui regarde l'emploi de l'anglais ou du français, ou les prescriptions portant que le parlement du Canada tiendra au moins une session chaque année et que la durée de chaque chambre des communes sera limitée à cinq années, depuis le jour du rapport des brefs ordonnant l'élection de cette chambre. Le paragraphe 91(1) en question a été abrogé en 1982 et a été remplacé par l'article 44 de loi de 1982.

²⁰² *Loi sur la représentation équitable*, LC 2011, c 26, art 2.

²⁰³ Le conseil législatif du Québec, dont l'existence était prévue au départ à l'article 71 de la Loi de 1867, a été aboli par la *Loi concernant le Conseil législatif*, SQ 1968, c 9. Voir également *Montplaisir c PG Québec*, [1997] RJQ 109 (CS). L'abolition du Conseil législatif québécois reposait essentiellement sur le pouvoir unilatéral de modification constitutionnelle alors prévu au paragraphe 92(1) de la loi de 1867.

²⁰⁴ Voir le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, *supra* note 85 aux paras 46 et 48. Dans ce renvoi, la Cour suprême a affirmé, au para 46 de son avis, que « [c]es articles [les articles 44 et 45 de la loi de 1982] jouent essentiellement le même rôle que jouaient les paras 91(1) et 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui ont

en question conférerait aux législatures provinciales une compétence législative unilatérale par rapport à « [l'] amendement de temps à autre, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte, de la constitution de la province, sauf les dispositions relatives à la charge du lieutenant-gouverneur »²⁰⁵. Cette disposition — le paragraphe 92(1) de la loi de 1867 — ne pouvait avoir de sens que dans la mesure où elle visait notamment les modifications de la loi de 1867 elle-même, en particulier celles de la partie V de cette loi. Le paragraphe 92(1) en question interdisait par ailleurs que des modifications soient apportées « à la charge de lieutenant-gouverneur », ce qui visait nettement les dispositions de la loi de 1867 qui étaient liées à cette charge et ce qui confirmait que ledit paragraphe 92(1) aurait — n'eût été cette exception — été susceptible de porter sur ces dispositions. Notons de surcroît que l'article 45 de la loi de 1982 ne peut s'appliquer que « sous réserve de l'article 41 ». Cette mention serait complètement inutile si l'article 45 ne pouvait pas s'appliquer à l'égard des dispositions de la loi de 1867. Pareille mention confirme par ailleurs, si besoin était, l'intégration totale de l'article 45 dans l'ensemble de la dynamique propre à la partie V de la loi de 1982.

D'ailleurs, insistons de nouveau sur le fait que l'article 45 n'est pas une mesure à part. Il s'inscrit dans un tout. Il est en totale interrelation avec les autres modalités de modification constitutionnelles contenues dans la partie V de la loi de 1982. Ces mesures doivent être interprétées les unes en tenant compte des autres. L'article 45 n'existe pas dans le vide.

Dans l'arrêt *Succession Eurig*²⁰⁶, le juge Major a affirmé ce qui suit, au nom de quatre de ses collègues :

En vertu de l'art. 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, chaque législature provinciale a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province. Ce pouvoir doit être lu en corrélation avec le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui porte que la Constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. Le paragraphe 52(1) exige effectivement que toute loi provinciale visant à modifier la constitution de la province le fasse expressément : voir J. Small dans « Money Bills and the Use of the Royal Recommendation in Canada : Practice versus Principle ? » (1995), 27 *R.D. Ottawa* 33, à la p. 50. Si cette exigence n'est pas respectée, la loi risque d'être invalidée parce qu'elle est incompatible avec la Constitution.²⁰⁷

Ce passage ne peut se comprendre que dans la mesure où l'article 45 de la loi de 1982 permet des modifications à l'un ou l'autre des documents mentionnés à l'article 52 de cette

été abrogés lors de l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* : Accord constitutionnel : Projet canadien de rapatriement de la Constitution, notes explicatives 7 et 8 [...] ».

²⁰⁵ *Ibid* au para 45.

²⁰⁶ *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 RCS 565.

²⁰⁷ *Ibid* au para 35.

loi. Ces modifications doivent être faites expressément cependant, selon la Cour suprême du Canada.

Enfin, dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, la Cour suprême a confirmé en ces termes l'idée voulant que l'article 45 de la loi de 1982 (de même que l'article 44 de cette loi) puisse servir à modifier certaines des dispositions de la Constitution du Canada :

Les art. 44 et 45, qui ont remplacé ces dispositions, accordent au Parlement fédéral et aux législatures provinciales la capacité de modifier unilatéralement certains éléments de la Constitution qui concernent leur propre ordre de gouvernement, mais qui ne mettent pas en cause les intérêts des autres ordres de gouvernement. Ce pouvoir limité d'effectuer des changements unilatéralement reflète le principe selon lequel le Parlement et les provinces sont des acteurs égaux dans la structure constitutionnelle canadienne. Aucun des ordres de gouvernement, agissant seul, ne peut modifier les nature et rôle fondamentaux des institutions créées par la Constitution. Toutefois, ces institutions peuvent être maintenues et même changées jusqu'à un certain point en vertu des art. 44 et 45, à condition que leur nature et leur rôle fondamentaux demeurent intacts.²⁰⁸

Nous constatons donc la validité de l'article 150 de la loi 96. Nous insistons néanmoins sur le caractère éminemment restreint de sa portée véritable et de son impact sur le plan légal. Peut-être même n'aura-t-il qu'une signification purement symbolique ? À la limite pourrait-il être invoqué et utilisé pour l'interprétation de lois québécoises seulement. Et encore là, dans ce dernier cas, l'effet des modifications constitutionnelles initiées par le Québec ne sera que mineur à notre avis.

Bien que les modifications constitutionnelles contenues à l'article 150 de la loi 96 ne puissent être que de portée limitée, pour les raisons que nous venons d'évoquer, elles font preuve d'audace sur le plan politique. Or, de l'audace, la langue française en a bien besoin ces jours-ci.

S'il est vrai que la Constitution se doit d'être le miroir d'une société, alors il importe que la nation québécoise s'y reconnaisse, dans ce qu'elle est et pour ce qu'elle est, c'est-à-dire avec sa spécificité et son originalité propres. Sans être une panacée, la reconnaissance du caractère national du Québec et du caractère officiel du français dans la loi de 1867 — telle que le consacre la loi 96 — constitue assurément un pas dans la bonne direction.

Conclusion

Comme on le sait, la langue française est l'élément central de l'identité spécifique du Québec. Elle possède par ailleurs une dimension culturelle incontestable. Elle est aussi

²⁰⁸ *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, supra note 93 au para 48.

porteuse de valeurs en soi, d'une certaine conception de la vie et même d'un mode de vie en particulier.

Il est tout à fait normal que, en certaines circonstances, le Québec fasse des choix collectifs qui soient différents de ceux de ses partenaires fédératifs. Qu'il y ait alors un conflit entre ces choix et des droits ou libertés individuels existants ne devrait étonner personne. C'est inévitable ! La question qui se pose alors est celle de savoir comment les tribunaux peuvent le mieux parvenir à concilier les intérêts collectifs et les intérêts personnels qui sont en cause dans différents dossiers concernant le Québec.

Mais, bien entendu, la langue française ne se déploie pas qu'au Québec. Au Canada même, elle est présente dans l'ensemble du pays. Une approche systémique et unifiante des droits linguistiques de la part des tribunaux ne peut que renvoyer dos à dos les Québécois et les autres francophones canadiens, c'est-à-dire qu'elle ne peut que creuser davantage le fossé existant entre eux²⁰⁹.

La Cour suprême aura peut-être l'un de ces jours la tentation de créer de nouveaux droits linguistiques, sur la base de concepts comme celui de « l'architecture ou structure constitutionnelle du Canada » ou celui des « principes constitutionnels implicites ». Pareille tendance et pareille situation ne peuvent que comporter des risques en ce qui touche la constitutionnalité des choix linguistiques faits par l'Assemblée nationale ou le gouvernement du Québec. Une plus grande déférence de la part de la Cour suprême à l'égard de ces choix s'impose, à notre avis.

Quoi qu'il en soit, dans le présent texte, nous avons avancé l'idée voulant qu'il soit possible — bien que non souhaitable — que l'article 133 de la loi de 1867 fasse l'un de ces jours l'objet d'une interprétation large et évolutive, de sorte à requérir que le juge puisse parler la ou les langues choisies par les parties. Selon nous, le concept de « l'équité procédurale » et celui de « l'indépendance judiciaire » pourraient venir appuyer cette hypothèse, voulant que les justiciables aient le droit d'être compris dans la langue officielle de leur choix par le juge siégeant dans l'instance.

Les droits linguistiques sont essentiellement de nature politique. Ils possèdent une dimension collective, en plus d'être de portée individuelle pour la plupart d'entre eux. Certains droits linguistiques ont aussi une vocation réparatrice, comme c'est le cas pour

²⁰⁹ Sur ce point, voir Éric Poirier, *La francophonie canadienne divisée autour des droits linguistiques prévus dans la Constitution : entre interprétation symétrique et interprétation asymétrique, entre intention législative comme stratégie judiciaire et contraintes juridiques*, thèse de doctorat en droit public, Université de Sherbrooke et Université de Bordeaux, 2021.

l'article 23 de la *Charte de 1982* en matière d'instruction dans la langue officielle de la minorité. Du reste, maints droits linguistiques s'inscrivent dans la recherche de l'égalité réelle entre le français et l'anglais. Cette égalité repose sur l'idée voulant que des moyens différents puissent être requis pour parvenir à une équité ou égalité linguistique véritable entre ces deux langues, et qu'il y ait lieu de tenir compte des besoins de chacune de celles-ci et des situations particulières dans lesquelles elles se développent.

Les dossiers linguistiques sont d'une grande sensibilité au Canada en général et au Québec en particulier. Ils ont une valeur juridique certes, mais aussi une valeur symbolique. À cet égard, le principal message envoyé par la loi 96 en est un de raffermissement de la langue française, à un moment où cette langue est de plus en plus menacée face à l'anglicisation rapide du Québec même.

Que les efforts que déploie le Québec pour promouvoir l'essor de la langue française sur son territoire entraîne une réaction francophobe dans le reste du Canada, cela en dit long sur le peu de sympathie qu'éprouvent un trop grand nombre de Canadiens pour cette langue.

Au Québec, ce que l'on appelle « la paix linguistique », pour souhaitable qu'elle puisse être, ne doit pas se faire aux dépens du développement et de l'épanouissement de la langue française. L'on ne doit donc pas rechercher la paix linguistique à tout prix. Encore faut-il en mesurer les conséquences sur le français, cette langue ébranlée.

Les francophones du Québec forment à la fois une majorité et une minorité. Le principe sous-jacent de la protection des minorités pourrait donc leur être profitable si les tribunaux le voulaient bien. On peut douter toutefois que ces derniers le souhaiteront effectivement, à la lumière du sort que les cours de justice en général, et la Cour suprême du Canada en particulier, a réservé au français (et à la loi 101) jusqu'à présent.

Quant aux droits linguistiques en faveur des minorités linguistiques de langue officielle, ils ont été *globalement* interprétés de façon large par les tribunaux dans le passé²¹⁰. Ces droits devraient plutôt, dans tous les cas, faire l'objet d'une interprétation et d'une application contextuelles, c'est-à-dire une interprétation et une application qui tiennent compte de la dynamique réelle des langues officielles au Canada, laquelle dynamique ne favorise définitivement pas le français.

²¹⁰ Nous avons vu précédemment, dans le présent texte, que les droits linguistiques ont parfois été interprétés plutôt restrictivement par la Cour suprême du Canada, mais que, depuis un certain nombre d'années, c'est la règle de l'interprétation large et téléologique qui prévaut en la matière.

Les tribunaux, qui ont la mauvaise tendance de donner à la *Charte* et aux droits et libertés en général une interprétation unifiante et lénifiante — en ce sens que cette interprétation endort la vigilance de ceux qui s'inquiètent de l'avenir du français — devraient mieux assumer leurs responsabilités par rapport à cette dernière langue, surtout en ce qui concerne le Québec. Car, croyons-nous, l'avenir de la langue française passe notamment par la voie judiciaire !