Document generated on 07/11/2025 10:55 p.m.

Les Cahiers de droit

À la recherche du temps perdu: la Cour suprême et l'interprétation des droits linguistiques constitutionnels dans les années 80

Alan Riddell

Volume 29, Number 3, 1988

URI: https://id.erudit.org/iderudit/042912ar
DOI: https://doi.org/10.7202/042912ar

See table of contents

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

Explore this journal

Cite this note

Riddell, A. (1988). À la recherche du temps perdu: la Cour suprême et l'interprétation des droits linguistiques constitutionnels dans les années 80. *Les Cahiers de droit*, *29*(3), 829–855. https://doi.org/10.7202/042912ar

Article abstract

During the seventies and early eighties, the Supreme Court adopted a broad, purposive and organic approach to the interpretation of language rights in the Constitution. In 1986, however, the Court implicitely repudiated this approach and returned to a narrow, literal and static interpretation of these rights, reminiscent ofthat espoused by the Privy Council during the late 19th and early 20th centuries.

The author attacks the policy considerations which underlie this recent change in the Court's approach. He argues that besides impeding further enhancement of bilingualism, the change poses a threat to all minority rights and indeed to the stability of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In his view, the terms of the Meech Lake Accord are too ambiguous to have much effect on the Supreme Court's future interpretation of the Constitution and should therefore be altered to ensure that the Court is induced to adopt a more generous approach when interpreting French language rights.

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1988

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Note

À la recherche du temps perdu : la Cour suprême et l'interprétation des droits linguistiques constitutionnels dans les années 80

Alan RIDDELL *

During the seventies and early eighties, the Supreme Court adopted a broad, purposive and organic approach to the interpretation of language rights in the Constitution. In 1986, however, the Court implicitely repudiated this approach and returned to a narrow, literal and static interpretation of these rights, reminiscent of that espoused by the Privy Council during the late 19th and early 20th centuries.

The author attacks the policy considerations which underlie this recent change in the Court's approach. He argues that besides impeding further enhancement of bilingualism, the change poses a threat to all minority rights and indeed to the stability of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. *In his view, the terms of the Meech Lake Accord are too ambiguous to have much effect on the Supreme Court's future interpretation of the Constitution and should therefore be altered to ensure that the Court is induced to adopt a more generous approach when interpreting French language rights.*

Pages

Introduction 830

I. La problématique de l'interprétation constitutionnelle 830
II. Son application au domaine des droits linguistiques canadiens 832

* Étudiant à la Faculté de droit de l'Université de Toronto. Ce texte a été rédigé dans le cadre d'un séminaire de droit constitutionnel avancé, organisé par la Faculté de droit de l'Université Laval. Il remercie chaleureusement les professeurs Henri Brun, Guy-G. Tremblay et Alain Prujiner qui l'ont dirigé et vivement encouragé, ainsi que le doyen Rob Prichard de Toronto qui a autorisé l'échange interuniversitaire pendant lequel ce travail a été rédigé.

***Les Cahiers de Droit*, vol. 29, nº 3, septembre 1988, p. 829-855**

Pages

1. La libéralisation de l'interprétation des droits linguistiques minoritaires 833
1.1. La conception littérale, restrictive et fixative du Conseil privé 833
a) L'approche interprétative littérale 833
b) L'approche interprétative restrictive 835
c) L'approche interprétative fixative 835
1.2. La conception téléologique, libérale et évolutive de la Cour suprême 836
a) L'approche téléologique 837
b) L'approche libérale 838
c) L'approche évolutive 839

2. Le rétrécissement de l'interprétation des droits linguistiques depuis 1986 840
2.1. Le retour de la Cour suprême à une conception littérale, restrictive et fixative 840
a) Le retour à la tendance littérale 841
b) Le retour à la tendance restrictive 843
c) Le retour à la tendance fixative 844
2.2. La justification politique du retour à la conception perdue 845
a) L'argument du compromis politique 846
b) L'argument de la progression des droits 848
c) L'argument des droits collectifs 850
d) L'argument de l'impotence linguistique de l'appareil judiciaire 851

3. Conclusion : où allons-nous dans les années 90 ? 852
3.1. L'impact de l'Accord du Lac Meech 852
3.2. Les périls pour l'avenir 854

Introduction

I. La problématique de l'interprétation constitutionnelle

Il existe deux philosophies quant à la nature d'une constitution de type fédératif. La première, dite fixative, conçoit une constitution comme une espèce de « contrat de mariage » entre les entités régionales ou ethniques fondatrices, dont toute modification, même mineure, ne peut se faire qu'avec l'accord des parties signataires. La deuxième, dite évolutive, perçoit plutôt une telle constitution comme un genre d'accord de collaboration entre les parties, dont la fonction est moins de préciser de manière immuable les conditions d'une union constitutionnelle que d'esquisser les grandes lignes directrices, dans le cadre desquelles la relation évoluera au fil des années et au gré des circonstances. Cette philosophie était bien exprimée au début du siècle dernier dans la célèbre citation du juge en chef Marshall de la Cour suprême des États-Unis :

> A constitution, to contain an accurate detail of all the subdivisions of which its great powers will admit, and of all the means by which they may be carried into execution, would partake of the prolixity of a legal code, and could scarcely be embraced by the human mind. It would probably never be understood by the public. Its nature, therefore, requires, that only its great outlines should be marked, its important objects designated, and the minor ingredients which compose those objects deduced from the nature of the objects themselves [...] In considering this question, then, we must never forget, that it is *a constitution* we are expounding. [1]

De chacune de ces philosophies découle une conception très différente du rôle de l'appareil judiciaire dans l'interprétation d'une constitution. Ceux pour qui la Constitution est un simple contrat de mariage entre entités régionales ou ethniques ont tendance à concevoir la Cour suprême comme une espèce d'arbitre contractuel dont le rôle constitutionnel se borne à l'interprétation plus ou moins littérale du langage employé par les Pères fondateurs de la Constitution lors de sa rédaction. Un des plus illustres exemples de cette conception fixative de la Constitution, et du rôle interprétatif limité de l'appareil judiciaire qui en découle, a été fourni par un passage de Lord Atkin dans l'arrêt sur les *Conventions de travail.* Dans cette affaire, le Conseil privé a refusé d'interpréter l'expression, alors désuète, de « traité d'Empire », à l'article 132 de la *Loi Constitutionnelle de 1867* de façon à comprendre des traités modernes :

> Bien que le navire de l'État vogue maintenant vers des horizons plus vastes et sur des mers étrangères, il conserve encore des compartiments étanches, parties essentielles de sa structure première. [2]

Bien que cette interprétation ait fait de l'article 132 une lettre morte, compte tenu de l'évolution constitutionnelle de l'Empire britannique depuis 1867, Lord Atkin préféra cette voie à celle, plus réaliste, qui aurait restauré à l'article 132 sa portée originelle, mais qui, en contrepartie, aurait nécessité l'excision des mots « l'Empire ».

Ceux pour qui la constitution s'apparente plus à un accord de collaboration entre parties fondatrices tendent au contraire à concevoir la Cour suprême comme un genre de conseiller matrimonial dont le rôle serait d'analyser l'intention initiale des parties à la lumière de l'évolution future de leurs besoins et des circonstances actuelles dans lesquelles elles cohabitent. L'exemple le plus imagé de cette conception, en droit constitutionnel canadien, est sans doute le *dictum* de Lord Sankey dans l'arrêt *Edwards.* où le Conseil privé a

1. *M'Culloch v. State of Maryland,* 17 U.S. (4 Wheaton's) 316 (1819), 407.
2. *A.-G. Can. v. A.-G. Ontario,* [1937] A.C. 326, 354. La traduction est de H. MARX et F. CHEVRETTE, *Droit constitutionnel,* Montréal, P.U.M., 1982, p. 277.

jugé que l'expression « personne » à l'article 24 de la L.C. de 1867, désignant qui pouvait être nommé sénateur, devait désormais être interprétée comme comprenant les femmes, même s'il n'était pas certain que cela était l'intention de ses rédacteurs en 1867 :

> The British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits.
>
> [...] « That Act should be on all occasions interpreted in a large, liberal and comprehensive spirit, considering the magnitude of the subjects with which it purports to deal in very few words. » With that their Lordships agree, but [...] the question is not what may be supposed to have been intended, but what has been said. [3]

II. Son application au domaine des droits linguistiques canadiens

Nul domaine du droit constitutionnel ne permet mieux de déceler ces deux tendances interprétatives, et la vision sous-jacente de la Cour quant à son propre rôle en tant que créateur de droit, que celui des droits linguistiques minoritaires. L'histoire interprétative de ceux-ci se répartit en trois époques distinctes. La première, de 1867 à l'abolition des appels au Conseil privé en 1949, fut caractérisée par une approche littérale, restrictive, et fixative dans l'interprétation de ces droits. La deuxième, correspondant généralement à l'ère de l'épanouissement des pouvoirs fédéraux, et s'étendant jusqu'en 1986, fut caractérisée par une conception téléologique, libérale et évolutive des droits linguistiques. Enfin, une troisième époque semble maintenant s'instaurer, dans le sillon de quatre arrêts concernant l'étendue des droits linguistiques judiciaires rendus par la Cour suprême depuis mai 1986. Bien que ces litiges aient soulevé des questions techniques qui n'avaient pas encore été formellement résolues en droit constitutionnel canadien, la philosophie qui les sous-tend est irréconciliable avec celle de l'époque précédente, et s'apparente singulièrement à celle du Conseil privé au lendemain de la Confédération.

Dans ce refus d'admettre l'évolution de la société canadienne depuis 1867, et cette obsession proustienne d'une époque juridique d'antan, il y a lieu de constater certains périls potentiels pour l'avenir constitutionnel canadien, dont l'enlisement de l'évolution du bilinguisme institutionnel canadien, la stagnation de certains droits de la Charte canadienne, et même un certain gel de l'ensemble de la Constitution à l'égard d'une conjoncture pourtant en constante évolution.

3. *Edwards v. P.G. du Canada*, [1930] A.C. 124, 136, 137.

1. La libéralisation de l'interprétation des droits linguistiques minoritaires

1.1. La conception littérale, restrictive et fixative du Conseil privé

À l'époque de la Confédération, les droits linguistiques et confessionnels des minorités étaient inextricablement liés entre eux. Les minorités francophones du Nouveau-Brunswick, de l'Ontario, du Manitoba et des territoires étaient regroupées en ferventes communautés catholiques. La minorité protestante du Québec était pour sa part exclusivement anglophone. La protection des droits confessionnels de ces minorités impliquait donc nécessairement dans l'esprit de ces communautés la protection de leur autonomie institutionnelle et de leur identité culturelle et linguistique. À preuve l'insouciance des Pères fondateurs francophones et anglo-québécois Cartier, Taché, Dunkin et Galt à propos de l'enchâssement exprès des droits linguistiques dans la L.C. de 1867 lors des débats confédératifs [3.1]. Les articles 93 de la L.C. de 1867 et 22 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba,* conçus comme garantie des droits culturels, collectifs, des minorités francophone et anglo-québécoise, exprimaient ces droits dans un langage purement confessionnel.

a) L'approche interprétative littérale

L'interprétation donnée à ces droits minoritaires collectifs non-politiques par le Conseil privé fut dominée par un souci de suivre plus ou moins aveuglément le sens grammatical et littéral des textes constitutionnels, indépendamment des grands objectifs des Pères fondateurs et du contexte social et historique dans lequel ils furent rédigés. Dans *City of Winnipeg v. Barrett,* le Conseil privé fut appelé à juger si les dispositions de l'article 22 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* étaient compatibles avec une loi manitobaine qui obligeait les contribuables franco-manitobains à assumer le financement des écoles laïques anglaises, en plus de leurs propres écoles franco-catholiques. Le litige concernait plus précisément la question de savoir si une telle loi, dont les effets réels et l'objet avoué étaient la destruction, par voie financière, du système scolaire franco-catholique de la province, était de nature à « préjudicier », au sens de l'article 22 (1), les droits de la minorité à se prévaloir d'un tel système. En décidant, le Conseil privé a adopté l'hypothèse selon laquelle on devait faire abstraction des effets réels de la loi et de l'intention de ses rédacteurs en se limitant uniquement à son texte même :

3.1. P.B. WAITE, éd., *The Confederation Debates in the Province of Canada, 1865,* Toronto, McClelland and Stewart Ltd., 1963.

> [...] what right or privilege is violated or prejudicially affected by the law? It is not the law that is in fault. It is owing to religious convictions [...] and to the teaching or their Church, that Roman Catholics [...] find themselves unable to partake of advantages which the law offers to all alike [...] With the policy of the Act [...] their Lordships are not concerned. [4]

Dans *Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell,* le Conseil privé fut appelé à statuer sur la validité du tristement célèbre règlement 17 du Ministère de l'éducation de l'Ontario qui supprimait l'usage du français dans les écoles franco-catholiques de l'Ontario. La Cour jugea le règlement valide notamment parce que les franco-ontariens ne constituaient pas, à ses yeux, « une classe particulière de personnes » au sens de l'article 93 (1) de la L.C. de 1867. En interprétant la portée de l'expression « classe particulière de personnes », la Cour écarta toute considération du contexte dans lequel l'article 93 (1) fut adopté et fixa toute son attention sur le langage même de la disposition :

> [...] the class of persons to whom the right or privilege is reserved must, in their Lordships' opinion, be a class of persons determined according to religious belief, and not according to race or language. In relation to denominational teaching, Roman Catholics together form *within the meaning of the section* a class of persons, and that class cannot be subdivided into other classes by considerations of the language of the people by whom the faith is held [...] In this connection it is worthy of notice that the only section in the B.N.A. Act, 1867, which relates to the use of the English and French languages [...] is directed to an entirely different subject-matter. [...] If any inference is to be drawn from this section, it would not be in favor of the contention of the appellants. [5]

En appliquant rigidement la règle d'interprétation *expressio unius, exclusio alterius,* et en limitant strictement le champ de son enquête à l'économie de la loi [6], la Cour réussit à vider l'article 93 de son contenu linguistique implicite, donnant ainsi le feu vert à l'assimilation des communautés francophones hors-Québec, que les Pères fondateurs francophones et la législature du Bas-Canada pensaient pourtant préserver par le pacte de 1867.

Une question semblable s'est posée en 1928, dans *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners of Montreal.* Dans cette affaire, le Conseil privé fut appelé à décider si la portée de l'expression « protestant » de l'article 93 pouvait s'interpréter comme comprenant tout non-catholique. En répondant par la négative, le Conseil privé écarta expressément toute considération téléologique, se basant encore une fois sur une lecture strictement littérale de la disposition :

---

4. *City of Winnipeg v. Barrett,* [1892] A.C. 445, 458, 459.
5. *Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell,* [1917] A.C. 62, 69, 74. Souligné par l'auteur.
6. Notamment les expressions purement religieuses de l'a. 93 (2) (« sujets catholiques ») et l'a. 93 (3) (« minorités protestantes ou catholiques »).

> It is hardly necessary to add that [...] [judges must] dealt with all the questions as questions of law and have in no way concerned themselves with any question of policy. [7]

Enfin, la même année, le Conseil privé avait à juger de la validité d'une loi ontarienne semblable à celle contestée dans l'affaire *Barrett*. Dans l'affaire *Roman Catholic Separate School Trustees for Tiny v. R.*, il jugea, à nouveau, qu'il fallait interpréter le rapport entre la loi provinciale et les droits linguistiques de la Constitution selon le sens ordinaire du texte de la loi et non selon son contexte, ses objets véritables ou ses effets réels : « Their Lordships have now to determine the point in issue as one of pure legal interpretation, disregarding every other consideration » [8].

b) L'approche interprétative restrictive

L'interprétation donnée par le Conseil privé aux droits minoritaires fut également dominée par un refus systématique de leur accorder une portée large et libérale. Dans *Maher v. Town of Portland,* le Conseil privé avait à juger de la validité d'une loi du Nouveau-Brunswick qui enlevait à la communauté acadienne catholique la liberté de gestion de leurs écoles. La Cour a dû plus précisément interpréter la portée de l'expression « privilèges conférés par la loi » à l'article 93 (1). Elle décida que l'expression se limitait aux privilèges expressément énoncés dans la loi statutaire, à l'exclusion des privilèges coutumiers reconnus implicitement par la législation existante [9]. Dans l'affaire *Mackell,* précitée, le Conseil privé accentua cette interprétation restrictive de l'article 93 en excluant de la notion pourtant large de « privilèges conférés par la loi », les droits naturels tolérés par la législation existante :

> Mr. Belcourt urged that so to regulate the use of the French language in the separate Roman Catholic schools in Ottawa constituted an interference, and is in some way inconsistent with a natural right vested in the French-speaking population ; but unless this right was one of those reserved by the Act of 1867, such interference could not be resisted [...] [10]

c) L'approche interprétative fixative

L'interprétation donnée par le Conseil privé aux droits minoritaires fut également caractérisée par une vision fixative de ces droits. Dans *Brophy v. A.-G. Manitoba,* la Cour avait à décider de la validité du *Manitoba Public*

7. *Hirsch,* [1928] A.C. 200, 216.
8. *Roman Catholic Separate School Trustees for Tiny v. R.,* [1928] A.C. 363, 366.
9. [1896] Wheeler's Confederation Law of Canada 338, 367.
10. *Ottawa Separate Schools Trustees v. Mackell, supra,* note 5, p. 74.

Schools Act, 1890, déjà contesté sans succès dans l'affaire *Barrett*, mais cette fois-ci au regard du deuxième alinéa de l'article 22. En rendant jugement sur cette question, la Cour déclara que les droits constitutionnels de la minorité ne pouvaient être interprétés en fonction de l'évolution des réalités sociales et ethniques depuis 1867 :

> It may be that as the population of the province became in proportion more largely Protestant, it was found increasingly difficult [...] to work the system inaugurated in 1871 [...] But whether this be so or not is immaterial. [11]

La même vision fixative des droits minoritaires a sous-tendu le jugement dans l'affaire *Mackell,* vingt ans plus tard, où il fut décidé que les franco-ontariens n'étaient pas « une classe particulière de personnes ». En 1867, il n'y avait certes pas beaucoup de franco-ontariens, mais, en 1917, au moment où survint l'affaire *Mackell,* la population franco-ontarienne, forte de 250,000 membres, constituait plus de 10 % de la population de l'Ontario. Concentrée dans l'est de la province, elle présentait toutes les caractéristiques linguistiques, religieuses et institutionnelles d'une communauté distincte. L'interprétation de l'expression « classe particulière de personnes » donnée par le Conseil privé faisait donc fi de la conception évolutive de la constitution canadienne énoncée par Lord Sankey dans l'affaire *Edwards* précitée.

1.2. La conception téléologique, libérale et évolutive de la Cour suprême

L'interprétation donnée aux droits linguistiques minoritaires par la Cour suprême à la suite de l'abolition des appels au Conseil privé fut caractérisée par une conception très différente de la Constitution ainsi que de son propre rôle comme interprète de celle-ci. La Cour s'attarda beaucoup moins sur le sens littéral du texte constitutionnel et se pencha davantage sur l'esprit du constituant, tel que suggéré par le contexte historique dans lequel la Constitution avait été adoptée et par ses effets réels sur les minorités. Face à une ambiguïté textuelle qui ne pouvait être réglée définitivement par référence aux intentions du législateur et au contexte de la rédaction, la Cour opta presque sans exception pour une interprétation libérale de la disposition, donnant ainsi le bénéfice du doute aux revendications minoritaires. La Cour épousa, en sus, une conception expressément évolutive et organique de la place de la langue dans la Constitution canadienne.

11. [1895] A.C. 202, 226.

a) L'approche téléologique

Dans l'affaire *Jones* c. *P.G. du Nouveau-Brunswick,* la Cour devait décider si l'article 133 de la L.C. de 1867 interdisait aux législateurs fédéral et provinciaux d'étendre le bilinguisme au-delà des droits qui y étaient expressément mentionnés. Tout comme dans l'affaire *Mackell,* les partisans d'une conception exhaustive des droits linguistiques constitutionnels appuyèrent leur thèse sur une lecture littérale de la constitution, et notamment sur la règle *expressio unius* qui avait été soutenue avec tant de succès devant le Conseil privé cinquante ans auparavant. Cette fois-ci, la Cour suprême nia la pertinence pour l'interprétation constitutionnelle de cet outil d'analyse littérale :

> L'appelant s'est fortement appuyé sur la règle d'interprétation exprimée dans la maxime *expressio unius est exclusio alterius.* Cette maxime fournit tout au plus un guide d'interprétation; elle n'impose point les conclusions à tirer. Je la considère inappropriée pour évaluer ce qu'englobe l'a. 133; en effet, elle n'est d'aucune utilité à cette fin. [12]

La Cour finit au contraire par interpréter l'article 133 en fonction de l'histoire législative du bilinguisme institutionnel qui précédait l'adoption de la L.C. 1867 et du contexte politique dans lequel la disposition vit le jour [13].

Dans l'affaire *Blaikie n° 2,* la Cour suprême refusa à nouveau d'interpréter la portée de l'article 133 selon le sens littéral du texte constitutionnel. Puisque le texte de cet article ne mentionnait aucunement les règles de pratique, une lecture littérale aurait dicté l'exclusion de celles-ci, par application de la règle *expressio unius.* Toutefois, la Cour refusa cette logique. Elle jugea que la portée des droits linguistiques ne se définissait pas par le texte exprès de la Constitution, mais par l'esprit des Pères fondateurs et du contexte historique dans lequel le texte avait été rédigé :

> L'article 133 de l'A.A.N.B. ne mentionne pas expressément les règles de pratique. Vu les circonstances [historiques] que nous venons de décrire, il est improbable qu'on les ait oubliées; à notre avis, les rédacteurs ont dû penser qu'en toute logique, elles étaient nécessairement visées par l'article. [14]

Dans l'affaire *P.G. Québec* c. *Quebec Protestant School Board,* la Cour suprême avait à décider si certains aspects de la *Charte de la langue française* du gouvernement québécois portaient atteinte aux droits linguistiques prévus à l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés.* Encore une fois, la

12. *Jones* c. *P.G. du Nouveau-Brunswick,* [1975] 2 R.C.S. 182, 195, 196.
13. *Id.,* p. 194, 195.
14. *P.G. Québec* c. *Blaikie,* [1981] 1 R.C.S. 312, 332.

Cour expliqua que les droits linguistiques de la Constitution devaient s'interpréter par rapport à l'esprit des Pères fondateurs, au contexte dans lequel ils ont été adoptés et au mal auquel on avait voulu remédier, plutôt que par rapport au seul langage dans lequel ils sont exprimés :

> Cet ensemble de dispositions, le législateur constituant ne l'a pas édicté dans l'abstrait. Quand il l'a adopté, il connaissait et il avait évidemment à l'esprit le régime juridique réservé aux minorités linguistiques anglophone et francophone relativement à la langue de l'enseignement par les diverses provinces au Canada. Il avait également à l'esprit l'histoire de ces régimes juridiques, tant l'histoire relativement ancienne comme celle du Règlement 17 qui a restreint pour un temps l'enseignement en français dans les écoles séparées de l'Ontario [...] [15]

Enfin, dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba,* la Cour prit la peine d'énoncer clairement la nouvelle règle selon laquelle les droits linguistiques tout comme les autres droits constitutionnels ne devaient plus désormais s'interpréter de façon littérale mais de façon téléologique :

> Cette Cour ne peut interpréter la Constitution de façon étroite et littérale. La jurisprudence de la Cour démontre sa volonté de compléter l'analyse textuelle par une interprétation de l'historique, du contexte et de l'objet de notre Constitution dans le but de déterminer l'intention de ses auteurs. [16]

b) L'approche libérale

Cette nouvelle conception se caractérisa également par une tendance à l'interprétation large des droits linguistiques. Dans la mesure où la Cour suprême fut confrontée à une ambiguïté textuelle qu'elle ne pouvait résoudre en se référant à l'intention de l'auteur et au contexte historique,elle opta invariablement pour une interprétation qui élargissait la portée de la disposition.

Alors que le Conseil privé, comme nous l'avons vu, avait adopté traditionnellement la version restrictive devant ce genre de dilemme, la Cour suprême adopta l'hypothèse implicite qu'il fallait toujours accorder le bénéfice du doute aux minorités. Dans l'affaire *Blaikie n° 1,* par exemple, la Cour fut appelée à juger si l'expression « Cour » à l'article 133 devait s'interpréter de façon à comprendre de simples tribunaux administratifs. Une réponse affirmative était susceptible d'étendre les droits linguistiques de la minorité anglophone du Québec et une réponse négative de les restreindre. Or, la Cour opta sans hésiter pour l'interprétation qui élargissait les droits de la minorité :

15. *P.G. Québec* c. *Quebec Protestant School Boards,* [1984] 2 R.C.S. 66, 79.
16. *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba,* [1985] 1 R.C.S. 721, 751.

> [...] Il faut donner un sens [...] à l'art. 133 [...] Lorsqu'il faut, comme en l'espèce, statuer sur une garantie constitutionnelle, ce serait être trop formaliste que de [...] refuser d'étendre [...] le droit d'utiliser le français ou l'anglais. [17]

Dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba,* la Cour suprême fut obligée d'interpréter la portée du droit des Franco-manitobains à la législation bilingue. Même une interprétation restrictive de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* aurait satisfait aux revendications franco-manitobaines sur cette question, et aurait donc constitué une motivation suffisante. Mais la Cour est allée beaucoup plus loin. Elle a épousé une interprétation de l'article 23 nettement plus large que ne le suggérait la lecture du texte de la loi. Elle expliqua que l'article 23 n'était point moins qu'« [...] une manifestation spécifique du droit général qu'ont les Franco-manitobains de s'exprimer dans leur propre langue ». Elle poussa même son interprétation large et libérale de l'article 23 jusqu'à l'affirmation catégorique que la disposition « [...] a pour effet de protéger les droits fondamentaux de tous les Manitobains *à l'égalité de l'accès à la loi* dans l'une ou l'autre des langues française ou anglaise » [18].

c) L'approche évolutive

L'approche interprétative de la Cour suprême fut également dominée par une conception organique et évolutive de la constitution et des droits linguistiques qui y sont enchâssés. Dans l'arrêt *Jones*, elle rejeta explicitement l'argument de l'appelant que les droits linguistiques pouvaient s'interpréter de façon fixative :

> Rien ne permet d'interpréter cette disposition, dont la portée est limitée ainsi aux chambres du Parlement du Canada et de la législature du Québec et à leurs lois ainsi qu'aux tribunaux fédéraux et aux tribunaux du Québec, comme fixant en définitive pour le Canada, le Québec et toutes les autres provinces, [...] les limites de l'usage privilégié ou obligatoire du français et de l'anglais [...] [19]

De même, dans *Blaikie n° 1,* la Cour jugea, comme nous l'avons vu, que l'expression « Cour » devait s'interpréter de façon à comprendre les tribunaux administratifs, et l'expression « loi » à comprendre les règlements, même si aucun de ces phénomènes de droit administratif n'était connu par les Pères fondateurs en 1867. Ce faisant, la Cour formula la règle générale à l'effet que les droits linguistiques devaient s'interpréter principalement en fonction des changements survenus *depuis* 1867, plutôt que par rapport aux seules intentions des parties contractantes *en* 1867 :

17. *P.G. Québec* c. *Blaikie, supra,* note 3, p. 1028, 1029.
18. *Renvoi..., supra,* note 16, p. 744. Souligné par l'auteur.
19. *Jones, supra,* note 12, p. 193.

> Dans *Edwards* [...] Lord Sankey a fait observer qu'il était nécessaire de donner à l'A.A.N.B. une interprétation large, harmonisée avec l'évolution des événements [...] Dans l'arrêt [...] (sur l'abolition des appels au Conseil privé), le vicomte Jowitt a dit [...] « il importe peu [...] que ce soit là une question qui ait pu sembler chimérique à l'époque de l'A.A.N.B. On doit donner à une loi organique de cette nature l'interprétation souple qu'exige l'évolution des événements » [...] ces deux arrêts [...] appuient notre conception de la bonne façon d'aborder [...] la garantie et les exigences de l'art. 133 [...] ». [20]

2. Le rétrécissement de l'interprétation des droits linguistiques depuis 1986

2.1. Le retour de la Cour suprême à une conception littérale, restrictive et fixative

Depuis 1986, la Cour suprême a rendu quatre importants jugements relatifs à la portée des droits linguistiques constitutionnels. Dans les affaires *Bilodeau* c. *P.G. Manitoba* et *Mac Donald* c. *Ville de Montréal,* elle décida que même si les articles 133 de L.C. 1867 et 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* donnaient au justiciable le droit d'accès à des règles de procédure dans la langue de son choix [21], ils ne lui conféraient toutefois pas le droit de *recevoir* des procédures judiciaires dans cette langue. Dans l'affaire *Société des Acadiens du Nouveau Brunswick Inc.* c. *Association of Parents for Fairness in Education,* la Cour statua que même si l'article 19 de la *Charte canadienne des droits et libertés* établissait un droit de s'adresser à la Cour dans la langue de son choix, il ne comprenait pas un droit d'être *compris* par la Cour quand on exerce ce droit. Enfin, dans l'affaire *Mercure* c. *P.G. Saskatchewan,* la Cour conclut, entre autres, que l'article 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* donnait droit au plaideur d'exiger la transcription de ses propres remarques dans sa langue maternelle, mais indiqua implicitement que ce droit ne s'étendait pas à une traduction de la transcription du procès dans la langue de son choix [22].

Ces arrêts constituent une rupture importante avec la jurisprudence antérieure de la Cour en matière de droits linguistiques. Même s'ils ne contredisent pas explicitement la jurisprudence pré-existante, puisque les questions techniques que la Cour devait trancher n'avaient été débattues dans aucune cause depuis 1867, ils ne constituent pas moins une répudiation

20. *Blaikie n° 1, supra,* note 17, p. 1029, 1030.
21. *Blaikie n° 2, supra,* note 14.
22. *Mercure* c. *P.G. Saskatchewan,* [1988] 1 R.C.S. 234.

implicite de la conception constitutionnelle et des règles d'interprétation développées par la Cour suprême depuis l'abolition des appels au Conseil privé. Sur un plan philosophique et interprétatif, les arrêts *Mac Donald, Société des Acadiens* et *Mercure* constituent un retour au XIX[e] siècle, et à l'époque de l'interprétation littérale, restrictive et fixative des droits linguistiques de la Constitution.

a) Le retour à la tendance littérale

Dans l'affaire *Mac Donald,* la Cour fonda principalement sa conclusion, à l'effet que l'article 133 ne donnait au justiciable aucun droit à une sommation bilingue, principalement sur une lecture littérale du texte de la disposition, plutôt que sur l'esprit supposément réparateur et généreux du rédacteur :

> Comme l'art. 133 ne confère aucun droit linguistique à l'appelant en tant que destinataire d'une sommation, il n'impose aucune obligation correspondante à l'État, ni à personne d'autre. [...] [L']obligation d'accommoder le destinataire, [...] pourrait bien être souhaitable, mais l'imposer comme une obligation découlant de l'art. 133 revient à tourner en dérision son texte, qui serait alors interprété et appliqué comme disant non pas :
>
> ... dans toute... pièce de procédure... émanant de ces tribunaux... il *pourra* être fait usage de l'une ou l'autre de ces langues...
>
> mais plutôt :
>
> ... dans toute... pièce de procédure... émanant de ces tribunaux... l'usage de ces deux langues sera obligatoire...
>
> Aucune interprétation d'une disposition constitutionnelle, si large, libérale, fondée sur l'objet visé ou réparatrice soit-elle, ne peut avoir pour effet de donner à un texte un sens qu'on ne peut raisonnablement lui prêter [...][23]

Dans l'affaire *Société des Acadiens,* la Cour fonda sa décision sur une analyse textuelle des articles 19 et 20 de la Charte canadienne, et notamment sur la règle *expressio unius* qui avait pourtant été écartée de son interprétation constitutionnelle, dans l'affaire *Jones.* Selon son jugement, le fait que l'article 20, ainsi que le par. 13 (1) de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick,* conféraient *expressément* un droit d'être compris, indiquait nécessairement que l'article 19 excluait *implicitement* ce droit :

> Mon opinion est étayée par la différence dans la rédaction de l'article 20 de la *Charte.* Dans cette disposition, la *Charte* accorde expressément le droit d'employer l'une ou l'autre langue officielle pour communiquer [...] Ce droit de communiquer [...] suppose aussi le droit d'être entendu ou compris dans ces langues.
>
> Je suis renforcé davantage dans ce point de vue par le fait que les rédacteurs de la *Charte* auraient pu, s'ils l'avaient voulu, s'inspirer d'un autre modèle explicite,

23. *Mac Donald* c. *Ville de Montréal,* [1986] 1 R.C.S. 460, 486, 487.

> savoir le par. 13 (1) de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick* [...]
>
> Là encore, le par. 13 (1) de la Loi, à la différence de la *Charte*, confère expressément le droit d'être entendu dans la langue officielle de son choix. Ceux qui ont rédigé le par. 19 (2) de la *Charte* et qui y ont donné leur approbation auraient facilement pu adopter les termes [...] de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau Brunswick* plutôt que ceux de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867. Leur omission de le faire indique clairement qu'ils ont voulu obtenir un effet différent* [...][24]

Dans *Mercure,* la Cour arriva à une conclusion identique, mais cette fois-ci en ce qui concerne l'article 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest.* Comme l'avaient pourtant démontré les appelants dans cette affaire, le contexte dans lequel l'article 110 avait été édicté était fondamentalement différent de celui de l'article 133. Selon les débats parlementaires de l'époque, la moitié des habitants des territoires étaient d'origine française[25], et « un bon nombre de juges étaient bilingues »[26], alors que l'article 133 avait été adopté dans un contexte d'unilinguisme judiciaire à peu près total. Une interprétation téléologique, conforme au contexte historique dans lequel l'article 110 avait été adopté, aurait conduit la Cour suprême à donner à cet article une portée différente de celle déjà établie dans *Mac Donald* pour l'article 133. Mais la Cour se contenta d'ignorer ce contexte et basa plutôt sa conclusion exclusivement sur les similarités textuelles des dispositions, pour enfin conclure qu'il fallait les interpréter de façon identique[27].

Cette approche interprétative littérale constitue une contradiction implicite, mais non moins flagrante, de l'indication par la Cour quelques années plus tôt que les dispositions linguistiques créées à l'époque de la Confédération devaient être interprétées en sorte qu'elles aient une valeur réelle, quel que soit le sens littéral de leur texte[28]. Quelle valeur réelle y a-t-il de plaider devant un juge dans la langue de son choix quand celui-ci ne comprend pas la plaidoirie? Comme le remarqua le juge en chef Dickson dans *Société des Acadiens,* l'objet d'une plaidoirie n'est pas de s'écouter parler mais de convaincre autrui, et cela ne peut se faire sans être compris[29].

---

24. *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc.* c. *Association of Parents for Fairness in Education,* [1986] 1 R.C.S. 549, 575. Souligné par l'auteur.
25. *Débats du Sénat.* 1877. Cités dans *Mercure, supra,* note 22, p. 250.
26. *Id.,* p. 272. Voir aussi p. 249.
27. *Id.,* p. 273.
28. *Blaikie nº 2, supra,* note 14, p. 562.
29. *Société des Acadiens, supra,* note 24, p. 566.

b) Le retour à la tendance restrictive

Dans *Mac Donald, Mercure* et *Société des Acadiens,* la Cour fit preuve d'une volonté de restreindre l'épanouissement des droits linguistiques qu'elle avait entrepris dans *Jones, Blaikie n^os 1 et 2* et *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba.* Dans *Société des Acadiens,* elle énonça une nouvelle règle d'interprétation pour les droits linguistiques selon laquelle « [...] les tribunaux doivent les aborder avec plus de retenue qu'ils ne le feraient en interprétant des garanties juridiques » [30].

Dans l'affaire *Mercure,* la Cour maintint cette nouvelle approche restrictive en faisant sienne l'interprétation du droit à l'égalité linguistique (l'article 16 de la Charte) faite par M. le juge Beetz deux ans plus tôt. Selon le jugement unanime de la Cour dans *Mercure,* ce droit se limiterait à celui de toute personne d'employer l'une ou l'autre langue officielle devant tout tribunal, et, pas plus que l'article 19 ou 133, ne comprendrait un droit d'être compris au même plan que son adversaire [31].

Une telle interprétation de l'égalité énoncée à l'article 16 est si restrictive qu'on est en droit de se demander ce qui survit de son contenu dans le sillon des affaires *Société des Acadiens* et *Mercure.* Si, pour les fins de l'article 16, celui qui plaide en français devant un juge qui ne le comprend pas doit vraiment être considéré sur un pied d'égalité juridique avec son adversaire qui plaide en anglais et se fait comprendre, on se trouve en présence d'une conception de l'égalité qui n'a plus grande valeur réelle. Il semble tout aussi illusoire de prétendre que deux parties soient sur un pied d'égalité quand l'une se fait comprendre directement alors que l'autre doit le faire par l'entremise d'un interprète. L'égalité des parties dans un procès contradictoire implique nécessairement qu'elles bénéficient chacune d'une même capacité de communiquer directement avec la cour. Ceci découle du fait, reconnu d'ailleurs depuis longtemps par la *House of Lords,* que les effets d'une communication sur le tribunal ne sont pas égaux selon qu'ils soient directs (oraux) ou indirects (écrits ou traduits) :

> Witnesses without any conscious bias towards a conclusion may have in their demeanour, in their manner, in their hesitation, in the nuance in their expressions, in even the turns of the eyelid, left an impression upon the man who saw and heard them which can never be reproduced in the printed page. [32]

30. *Id.,* p. 578.
31. *Id.,* p. 580, confirmé unanimement par la Cour dans *Mercure, supra,* note 22, p. 274-276.
32. *Clark* c. *Edinburgh & District Tramways Co.,* [1919] Sess. Cas. 35, 37 (H.L.), cité dans M. BASTARACHE, *Les droits linguistiques au Canada,* Montréal, Les Éd. Yvon Blais, 1986, p. 143.

c) Le retour à la tendance fixative

Loin de maintenir l'approche évolutive qu'elle avait adoptée dans ses jugements antérieurs, la Cour suprême revint dans *Mac Donald* et *Société des Acadiens* à la conception statique et stérile des droits minoritaires constitutionnels que faisait sienne jadis le Conseil privé. Appelée à interpréter le système de bilinguisme institutionnel prévu à l'article 133 par les Pères fondateurs, la Cour énonça la règle d'interprétation suivante :

> 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, bien entendu, peut être changé par la 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. [33]

Dans *Société des Acadiens,* les droits linguistiques qu'il fallait interpréter n'étaient pas une disposition du compromis de 1867, mais provenaient comme nous l'avons vu, de la Charte canadienne. Or, c'est une règle maintes fois répétée par la Cour suprême qu'on ne doit donner aux droits de la Charte ni la portée ni le contenu statique qu'ils avaient au moment de leur codification :

> [...] la prémisse portant qu'il faut présumer que les rédacteurs de la *Charte* ont voulu que ses termes reçoivent le sens que leur donnait la jurisprudence à l'époque de son adoption n'est pas un guide fiable quant à la façon de l'interpréter et de l'appliquer. De par sa nature même une Charte constitutionnelle des droits et libertés doit être rédigée en termes généraux susceptibles d'évolution et d'adaptation par les tribunaux [34].

On est donc en droit de s'étonner que la Cour, dans *Société des Acadiens,* puisse donner sans hésitation à l'article 19 de la Charte la même interprétation explicitement fixative qu'elle avait donnée, dans *Mac Donald,* à l'article 133 de la *Loi Constitutionnelle de 1867 :*

> 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* [...] [...] les tribunaux devraient hésiter à servir d'instruments de changement dans le domaine des droits linguistiques. [35]

---

33. *Mac Donald, supra,* note 23, p. 496.
34. *R.* c. *Therens,* [1985] 1 R.C.S. 613, 638. Voir au même effet Law Society of Upper Canada c. *Skapinker,* [1984] 1 R.C.S. 357, 366. Sur l'obligation d'une interprétation téléologique et libérale, voir *Hunter* c. *Southam Inc.,* [1984] 2 R.C.S. 145, 157, et *R.* c. *Big M. Drug Mart Ltd.,* [1985] 1 R.C.S. 295, 344.
35. *Société des Acadiens, supra,* note 24, p. 574, 578.

2.2. La justification politique du retour à la conception perdue

Comment expliquer cette contradiction des règles d'interprétation constitutionnelles enchâssées dans la jurisprudence et ce retour, en matière de droits linguistiques, aux vieilles tendances interprétatives du XIX[e] siècle? Quatre arguments de nature essentiellement politique semblent motiver la Cour suprême. Le premier est à l'effet que les dispositions linguistiques de la Constitution sont le fruit d'un compromis historique entre les élus provinciaux et fédéraux qui ne doit aucunement faire l'objet d'une immixtion de juges non élus :

> [...] [L]es droits linguistiques qui sont fondés sur un compromis politique [...] Cette différence essentielle entre les deux types de droits impose aux tribunaux une façon distincte d'aborder chacun. [36]

Le deuxième argument, qui ne demeure pas moins relié au premier, est à l'effet qu'une interprétation large, libérale et évolutive ralentirait l'avancement du bilinguisme institutionnel au 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 [...] [37]

Le troisième argument, bien que nul part énoncé expressément par la majorité, semble néanmoins sous-entendu dans plusieurs passages des jugements. Cet argument voudrait que les droits linguistiques soient interprétés différemment des autres droits fondamentaux puisque collectifs et non individuels :

> Ce serait une erreur que de rattacher les exigences de la justice naturelle aux droits linguistiques de l'art. 133 [...] ou vice versa, ou de relier un genre de droit à un autre, sous le prétexte de renforcer l'un de ces droits ou les deux à la fois. Ces deux genres de droits sont différents sur le plan des concepts. Aussi, bien qu'ils jouissent d'une garantie constitutionnelle, les droits linguistiques comme ceux que protège l'art. 133 demeurent particuliers au Canada. Ils [...] n'ont pas l'universalité, le caractère général et la fluidité des droits fondamentaux qui découlent des règles de la justice naturelle. Ils sont définis de manière plus précise et moins souple. Les lier, c'est risquer de les dénaturer tous les deux, plutôt que de les renforcer l'un et l'autre. [38]

---

36. *Ibid.*
37. *Id.*, p. 579.
38. *Mac Donald, supra,* note 23, p. 500.

Enfin, pour justifier son retour à une conception primitive des droits linguistiques, la Cour invoque une prétendue incapacité de l'appareil judiciaire actuel d'offrir des services judiciaires bilingues :

> 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. [39]

En fait, aucun de ces quatre arguments ne parait offrir de justification politique particulièrement probante pour un retour au mode d'interprétation littérale, restrictive et fixative des droits linguistiques.

a) L'argument du compromis politique

Cet argument parait peu persuasif, et ce pour trois raisons. En premier lieu, l'histoire législative de la Charte, ainsi que la nature conceptuelle des droits enchâssés dans les dispositions linguistiques, suggèrent toutes deux que ces dispositions ne doivent guère plus leur existence à un « compromis politique » que toutes les autres dispositions de la Constitution [39.1]. Dans ce sens, l'article 15 est également le fruit d'un « compromis politique » : pour le faire accepter par toutes les provinces, il a fallu conclure le compromis de le garder inopérant pendant les trois premières années de la Charte. L'article 7, pour sa part, est le résultat d'un âpre débat entre les provinces et le fédéral quant à sa portée économique ; sa version finale enchâsse le fameux compromis rédactionnel qui a entraîné l'exclusion de sa clause initiale concernant les droits de propriété. Ne devrait-on pas, pour rester fidèle à la nouvelle logique de la Cour suprême, également interpréter restrictivement et fixativement ces articles-clefs de la Charte ?

Les droits linguistiques sont, en outre, de par leur nature même, autant des droits fondamentaux nécessaires à l'épanouissement de l'être humain et au maintien de sa dignité que ne sont les libertés d'expression, d'association, de réunion et de religion de l'article 2. Sans la capacité de s'exprimer et d'être compris dans sa langue, l'homme ne peut ni maintenir une culture collective, ni développer une identité individuelle, ni bénéficier de rapports humains.

---

39. *Société des Acadiens, supra,* note 24, p. 580.

39.1. Voir en ce sens P. FOUCHER, « L'interprétation des droits linguistiques constitutionnels par la Cour suprême du Canada », (1987) 19 Rev. d'Ottawa 381, 394 s.

Privé de langage, il n'est autre qu'une bête supérieurement intelligente. C'est d'ailleurs ce que la Cour suprême elle-même semblait avoir explicitement reconnu à peine deux ans avant sa récente révolution interprétative :

> L'importance des droits en matière linguistique est fondée par le rôle essentiel que joue la langue dans l'existence, le développement et la dignité de l'être humain. C'est par le langage que nous pouvons former des concepts, structurer et ordonner le monde autour de nous. Le langage constitue le pont entre l'isolement et la collectivité, qui permet aux êtres humains de délimiter les droits et obligations qu'ils ont les uns envers les autres, et ainsi, de vivre en société. [40]

En deuxième lieu, même si l'on admettait, à tort, que les droits linguistiques ne sont que l'expression d'un simple mariage de complaisance entre le Canada anglais et le Canada français, sans aucun fondement dans le droit naturel, et qu'en ceci ils sont fondamentalement différents des autres dispositions qui étaient enchâssées à la suite d'innombrables cabales politiques, cela ne justifierait pas pour autant leur interprétation littérale, restrictive et fixative. L'histoire constitutionnelle du Canada démontre que les dispositions qui reflètent des compromis politiques sont encore plus difficiles à modifier par voie consensuelle que celles qui sont énonciatrices de grands principes. Depuis 1867, les seules modifications constitutionnelles qui ont pu être effectuées par voie législative ont été ou des amendements d'ordre purement technique, ou des ajouts traitant de grands principes incontestés. Chaque fois qu'il fut question de modifier les éléments politiques controversés du compromis de 1867, il y eut échec, soit à la table de négociation, soit devant le parquet des législatures. En règle générale, plus la modification proposée est politique et donc controversée, moins sa modification est possible par voie consensuelle. Or il n'existe pas de question plus politique et plus âprement débattue au Canada que celle de la portée des droits linguistiques. N'est-il donc pas, à plus forte raison, indispensable que ce soit les cours qui jouent le rôle essentiel de modificateur et de modernisateur dans ce domaine du droit constitutionnel [41] ?

---

40. *Renvoi..., supra,* note 16, p. 744.

41. Le refus de la Cour suprême de s'acquitter de cette responsabilité est d'autant plus extraordinaire qu'il fait fi de toutes les exhortations récentes de la communauté juridique. Voir P. Foucher, *supra,* note 39.1., p. 410 ; A. TREMBLAY, « L'interprétation des dispositions constitutionnelles relatives aux droits linguistiques », dans Institut canadien d'administration de la justice, éd., *La Charte canadienne des droits et libertés : ses débuts, ses problèmes, son avenir,* Cowansville, Yvon Blais, 1983, 217-219 ; G.-A. BEAUDOIN, « La protection constitutionnelle des minorités », (1986) 27 *C. de D.* 31, 52 ; G. TREMBLAY, « La Cour suprême du Canada, dernier arbitre des conflits d'ordre politique » dans I. BERNIER et A. LAJOIE, éd., *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique,* Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986, p. 193, 215, 216 ; M. BASTARACHE, *supra,* note 32, p. 143, 146 ; et P. ARSENAULT, *L'enchâssement des droits de la minorité canadienne-française dans la Constitution du Canada,* Moncton, Éd. U. Moncton, 1982.

L'argument en faveur d'un rôle interventionniste de la Cour suprême en matière d'interprétation de la Charte, énoncé avec éloquence dans l'affaire *Skapinker, a fortiori* est donc pertinent à l'interprétation des dispositions linguistiques :

> La Charte [...] n'est pas facile [à] [...] modifier... Il faut, dans la mesure où il est possible de les prévoir, s'adapter dès à présent aux situations futures. La *Charte* a été conçue et adoptée pour guider et servir longtemps la société canadienne. Une interprétation étroite et formaliste, qui n'est pas animée par un sens des inconnues de l'avenir, pourrait retarder le développement du droit et par conséquent celui de la société qu'il sert. [42]

Enfin, la théorie à l'effet que les dispositions constitutionnelles qui sont les résultantes d'un compromis entre les provinces et le fédéral doivent s'interpréter avec une grande prudence ne trouve aucune assise dans la tradition constitutionnelle du Canada. Les arbitres suprêmes de la Constitution n'ont jamais hésité dans le passé à trancher de manière interventionniste et progressiste les disputes relatives à la portée des compromis politiques de 1867. Ce fut le cas dans l'affaire relative à l'abolition des droits d'appel au Conseil privé, où il fut question d'interpréter le pouvoir fédéral de faire des juges qu'il avait lui-même unilatéralement choisis les ultimes arbitres du partage des compétences [43]. C'est également ce qui s'est passé dans le *Renvoi relatif à la résolution pour modifier la Constitution* [44], où la Cour avait à définir, dans l'absence d'une formule d'amendement concrète, le pouvoir du fédéral de modifier unilatéralement la L.C. de 1867. De même, dans *McEvoy* c. *P.G. N.-B.* [45], la Cour n'a pas hésité à déclarer inconstitutionnel le projet de réforme des tribunaux criminels dans la province du Nouveau-Brunswick, qui faisait pourtant l'objet d'une entente fédérale-provinciale. La théorie à l'effet que la Cour est tenue de jouer un rôle purement passif dans tout litige constitutionnel qui soit susceptible d'avoir un impact sur les pouvoirs cédés volontairement par les provinces en 1867 ou 1982 semblerait donc relever de la pure fiction.

b) L'argument de la progression des droits

La logique de cet argument est assez difficile à suivre. En deux mots, la Cour suprême nous dit que pour mieux protéger les minorités des atteintes législatives futures à leurs droits linguistiques, la Cour elle-même se chargera

---

42. *Skapinker, supra,* note 34, p. 366.
43. *A.-G. Ontario v. A.-G. Canada,* [1947] A.C. 127.
44. [1981] 1 R.C.S. 753.
45. [1983] 1 R.C.S. 704.

de les en priver immédiatement par voie interprétative. Un tel raisonnement n'est pas sans rappeler celui des cours américaines à l'époque de la ségrégation, pour lesquelles le refus de reconnaître aux noirs américains leurs pleins droits aurait été nécessaire à l'épanouissement de leur identité collective et de leur bien-être culturel.

En second lieu, l'argument est difficilement conciliable avec l'argument prépondérant de la Cour à l'effet qu'elle ne doit pas jouer au législateur lors de l'interprétation d'un « compromis politique ». En se laissant ainsi motiver par des spéculations de nature politique concernant d'hypothétiques réactions à ses actes, la Cour suprême usurpe tout autant la fonction politique du législateur que lorsqu'elle donne une interprétation large et évolutive d'une disposition soi-disant politique de la Constitution.

Enfin, évalué sous un angle politique, l'argument parait peu réaliste compte tenu des comportements passés des gouvernements provinciaux en matière constitutionnelle. C'est un fait vérifié par l'histoire constitutionnelle qu'aucun gouvernement provincial ne se lie pour l'avenir à des obligations constitutionnelles permanentes et irrévocables à moins d'y voir un avantage politique compensatoire. Bien que le gouvernement ontarien multiplie législativement les droits de sa minorité francophone depuis plus de quinze ans déjà, il n'est toujours pas question pour lui d'enchâsser, même les plus banals de ceux-ci, dans la Constitution, où ils seraient définitivement en-dehors de sa portée. Le Québec, qui comprend pourtant une importante minorité anglophone installée avant 1867, n'a jamais cherché depuis à étendre, sur un plan constitutionnel, ses obligations linguistiques envers celle-ci. Même dans le sillon de l'interprétation restrictive des dispositions linguistiques de 1986, le gouvernement de la Saskatchewan a néanmoins refusé de reporter, sur le plan constitutionnel, les droits linguistiques traditionnels des Fransaskois[46]. Si, pour recevoir des droits de valeur réelle, les minorités linguistiques doivent attendre que les législatures provinciales s'assujettissent volontairement aux articles 19 et 20 de la Charte, comme le leur demande M. le juge Beetz, elles risquent d'attendre très longtemps.

46. Le seul exemple du Nouveau-Brunswick, dont le gouvernement a consenti à l'épanouissement de ses obligations linguistiques constitutionnelles, ne constitue pas un bon indice du comportement futur des autres provinces en la matière puisque sa minorité francophone est dans une situation politique très différente de celle des autres provinces. Elle comprend 30 % des électeurs, et il y a donc une incitation politique à la reconnaissance des droits linguistiques minoritaires qui est inexistante ailleurs.

c) L'argument des droits collectifs

On ne peut contester que les droits linguistiques soient des droits collectifs ou non individuels. Cependant cela ne justifie pas pour autant leur interprétation restrictive et fixative. Au contraire, c'est bien en raison de leur caractère collectif que les droits linguistiques doivent s'interpréter de façon large et évolutive.

Alors que la satisfaction d'un droit individuel ne se mesure que par rapport à son impact sur l'individu, celle du droit collectif ne peut s'apprécier sans référence à son impact sur la collectivité à savoir, sur l'individu *et* les personnes qui l'entourent. La liberté d'expression, un droit individuel, est pleinement respectée quand l'individu qui s'en prévaut jouit d'une liberté de dire ce qu'il veut dans la langue de son choix, même si personne ne le comprend. Par contre, le droit linguistique, un droit collectif, n'existe pas, ni pour l'individu qui s'en prévaut ni pour la collectivité dont il fait partie, si on l'interprète si restrictivement qu'on le prive de tout impact sur cette collectivité : dès lors que sa portée se limite à l'*expression* par l'individu et ne comprend pas la *compréhension* de ceux à qui celui-ci s'adresse.

De même, c'est précisément le caractère collectif des droits linguistiques qui dicte une approche évolutive quant à leur interprétation. Alors que les prérequis essentiels au bonheur et à la dignité de l'homme sont demeurés constants au fil des siècles, les communautés dans lesquelles il vit sont en constante évolution. Qui oserait prétendre que les besoins, les aspirations culturelles, les problèmes et la démographie de la minorité française au Canada n'ont aucunement évolué depuis 1867? Il est donc encore plus impératif de donner aux droits collectifs linguistiques de cette minorité une interprétation évolutive qu'il ne l'est pour les droits dits individuels de la Charte.

Cet argument découle non seulement de la nature d'un droit collectif mais également de la logique interne du texte de la Charte. Depuis l'arrêt *Chaussures Brown*[47], on sait que la liberté d'expression de l'article 2 de la Charte comprend une dimension linguistique. Si les droits linguistiques de la Charte se limitent au droit de s'exprimer dans la langue de son choix, sans être compris, quelle différence significative y a-t-il entre ces deux droits? Les articles 19 et 20 ne constitueraient-ils qu'une répétition essentiellement superflue d'un aspect de l'article 2? Une telle admission est intolérable puisqu'elle porte atteinte à la règle interprétative, primordiale selon laquelle « le constituant n'est pas censé parler pour ne rien dire ».

47. *P.G. Québec* c. *Chaussure Brown's Inc.*, [1987] R.J.Q. 80 (C.A.).

d) L'argument de l'impotence linguistique de l'appareil judiciaire

On peut soupçonner qu'il s'agit ici de la préoccupation principale de la Cour suprême quand elle a restreint les droits linguistiques dans les affaires *Mac Donald, Mercure* et *Société des Acadiens,* puisque celles-ci avaient la particularité d'obliger la Cour, indirectement, à définir ses propres obligations linguistiques, et donc, à vrai dire, de juger dans sa propre cause. Cependant, il est difficile de comprendre le blocage apparent de la Cour suprême sur cette question quand on constate la progression rapide du bilinguisme institutionnel depuis quinze ans et le peu de ressources judiciaires qui seraient nécessaires pour assurer le respect des droits linguistiques revendiqués par les minorités dans ces trois causes. Loin d'avoir «[...] des conséquences d'une portée incalculable [...] » [48] sur le système judiciaire canadien, comme semble l'entendre la Cour, l'interprétation libérale et évolutive des droits linguistiques dans le sens voulu par les minorités pourrait se faire sans bouleversements majeurs. La magistrature fédérale au Québec, au Nouveau-Brunswick et dans l'est ontarien, où résident les seules minorités linguistiques de taille appréciable, est déjà pour la plupart fonctionnellement bilingue. Dans les autres régions du pays, la minorité francophone est tellement faible, qu'il suffirait d'un seul magistrat bilingue par organisme administratif ou judiciaire par province pour gérer les rares causes impliquant une partie ou des avocats francophones. Rappelons qu'il n'est pas nécessaire que ces juges soient pleinement bilingues. Il suffirait qu'ils soient capables de comprendre le français et qu'ils soient chacun assistés par un préposé capable de rédiger dans les deux langues.

Dans le contexte des années 80, où l'on exige déjà des candidats bilingues pour tous les postes importants au sein du gouvernement fédéral et où on assiste à une forte pénétration de jeunes juristes fonctionnellement bilingues sortant des facultés de droit et envahissant les barreaux provinciaux, l'argument selon lequel on ne devrait pas à l'avenir exiger de la part des juges fédéraux une simple compréhension des deux langues officielles paraît franchement anachronique. Pourquoi la magistrature devrait-elle conserver le privilège de l'unilinguisme alors que l'élite nationale dans tous les autres secteurs nationaux est actuellement contrainte par la force des choses à s'ouvrir au bilinguisme ? Et si, comme en témoignent implicitement les deux dernières nominations à la Cour suprême, le sexe et l'origine ethnique étaient maintenant des critères particulièrement pertinents lors de la sélection d'un juge fédéral, comment, logiquement, prétendre dans un pays officiellement bilingue, que le bilinguisme fonctionnel ne doit pas l'être ?

48. *Société des Acadiens, supra,* note 24, p. 580.

3. Conclusion : où allons-nous dans les années 90 ?

Compte tenu de la volte-face faite par la Cour suprême en 1986 et de la difficulté apparente de réconcilier celle-ci avec l'interprétation large et libérale des autres dispositions constitutionnelles, la communauté juridique canadienne serait bien imprudente de ne pas s'interroger sur ce que nous réserve l'avenir. L'approche littérale restrictive et fixative se limitera-t-elle à l'interprétation des seuls droits linguistiques judiciaires ou assistera-t-on à un refoulement graduel de tous les droits linguistiques tels que définis déjà par les nombreux arrêts rendus dans la période 1975 à 1986 ? Cette nouvelle tendance est-elle susceptible d'influer sur les autres droits de la Charte et sur l'évolution de la Constitution canadienne en général ? Enfin, la clause interprétative de l'Accord du Lac Meech aura-t-elle un impact quelconque sur ces questions ?

3.1. L'impact de l'Accord du lac Meech

À première vue, l'article 1 de l'Accord paraît susceptible d'une influence importante sur l'interprétation des droits linguistiques, puisqu'il soumettrait désormais la Constitution à une interprétation basée sur une conception du pays définie exclusivement selon des critères linguistiques :

> 1. La *Loi constitutionnelle de 1867* est modifiée par insertion, après l'article 1, de ce qui suit :
>
> 2(1) Toute interprétation de la Constitution du Canada doit concorder avec :
>
> a) la reconnaissance de ce que l'existence de Canadiens d'expression française, concentrés au Québec mais présents aussi dans le reste du pays, et de Canadiens d'expression anglaise, concentrés dans le reste du pays mais aussi présents au Québec, constitue une caractéristique fondamentale du Canada.
>
> b) la reconnaissance de ce que le Québec forme au sein du Canada une société distincte.
>
> (2) Le Parlement du Canada et les législatures des provinces ont le rôle de protéger la caractéristique fondamentale du Canada visée à l'alinéa (1)a).
>
> (3) La législature et le gouvernement du Québec ont le rôle de protéger et de promouvoir le caractère distinct du Québec visé à l'alinéa (1)b).
>
> (4) Le présent article n'a pas pour effet de déroger aux pouvoirs, droits ou privilèges du Parlement ou du gouvernement du Canada, ou des législatures ou des gouvernements des provinces, y compris à leurs pouvoirs, droits ou privilèges en matière de langue.

En fait, il semble hélas improbable que l'Accord ait un impact important sur l'interprétation future des droits linguistiques par la Cour suprême. D'une part les chances de sa ratification paraissent aujourd'hui fortement compromises. Déjà les législatures de deux des provinces signataires de

l'Accord sont hostiles à l'idée de le ratifier dans son état actuel, et une troisième province paraît chaque jour de plus en plus sympathique à une éventuelle réouverture des négociations. Une fois cela concédé, l'incompatibilité et l'intransigeance des diverses revendications provinciales assureront très probablement que l'Accord devienne, comme toutes les tentatives précédentes de s'entendre unanimement sur des modifications constitutionnelles d'envergure, une simple référence en bas de page dans les textes d'histoire.

D'autre part, même ratifié, il est improbable, malgré la rhétorique de ses nombreux partisans au Québec, que l'Accord ait des effets substantiels sur les droits linguistiques à l'intérieur comme à l'extérieur de cette province. En ce qui a trait aux droits linguistiques des anglophones au Québec, deux facteurs tendent à minimiser son impact sur l'interprétation future de ces droits par la Cour suprême. En premier lieu, la clause de la société distincte, qui est appelée à devenir un instrument de revitalisation de la langue française au Québec, est elle-même si contradictoire qu'elle en devient juridiquement impuissante. La « société distincte » dont parle l'article 2 (1) b) est définie à l'article 2 (1) a) comme un lieu où non seulement sont « concentrés » des Canadiens d'expression française, mais où également sont « présents » des Canadiens d'expression anglaise. À croire ses rédacteurs, ce n'est donc pas une société de nature exclusivement française mais plutôt une société fondamentalement bi-ethnique. C'est du moins le raisonnement que risque fort bien de suivre la Cour suprême si jamais le Québec choisit d'invoquer cette clause pour justifier de futures mesures promouvant le statut de la langue française.

En deuxième lieu, même si on faisait abstraction de cette ambiguïté interne, la clause de la société distincte est rendue inopérante par la clause voisine, l'article 2 (2), qui assujettit le Québec à l'obligation de protéger « [...] la caractéristique fondamentale du Canada », définie à l'article 2 (2) a), comme l'existence d'une dualité linguistique. Puisque cette caractéristique est, aux termes de l'Accord, « fondamentale » alors que la caractéristique du Québec comme « société distincte » ne l'est pas, il serait logique que la Cour suprême la juge comme ayant préséance sur la clause de la société distincte dans l'éventualité d'un conflit entre les deux.

En ce qui concerne l'impact de l'Accord sur les droits linguistiques des francophones dans le reste du pays, celui-ci risque d'être tout aussi minime. D'une part, l'existence de francophones dans les provinces anglophones est explicitement reconnue et la Cour suprême devrait désormais interpréter les lois provinciales, en vertu de l'article 2 (2), de façon à « [...] protéger la caractéristique fondamentale du Canada [...] », c'est-à-dire conformément à la dualité linguistique. D'autre part, la portée des droits linguistiques des francophones hors-Québec est en même temps implicitement rétrécie puisque

le rôle de « promouvoir » le français revient désormais exclusivement au gouvernement québécois et qu'ils seront l'objet d'une protection et non d'une promotion de la part des gouvernements provinciaux anglophones [49].

En bref, le texte de l'Accord paraît suffisamment ambigu et contradictoire pour permettre, et même inciter, la Cour suprême à continuer d'interpréter les droits linguistiques à son propre gré, sans aucune modification de ses tendances interprétatives actuelles.

3.2. Les périls pour l'avenir

Les tendances actuelles de la Cour suprême en matière d'interprétation sont susceptibles d'avoir trois conséquences néfastes pour le droit constitutionnel. En premier lieu, elles retardent gravement la progression du bilinguisme judiciaire et législatif, qui a connu un essor louable dans les vingt dernières années. En deuxième lieu, elles risquent de faire naître, au sein de la Charte canadienne, deux paliers de droits, l'un composé de droits soi-disant légaux, et l'autre de droits soi-disant politiques. Les premiers continueraient d'être interprétés selon les règles téléologique, libérale et évolutive établies par la Cour dans les affaires *Southam, Big M Drug Mart, Skapinker* et *Therens* [50], les autres seraient désormais assujettis aux règles littérale, restrictive et fixative énoncées dans *Bilodeau, Mc Donald, Mercure* et *Société des Acadiens* [51], et seraient donc voués à une stérilisation progressive, suivant le triste sort des articles 16 et 19. Vu les aspects quasi-politiques ou collectifs de beaucoup des droits de la Charte, il n'y a pas que les minorités francophone et anglophone qui pourraient, éventuellement, en faire les frais. Les autochtones, les groupes multiculturels et même les femmes devraient reconnaître dans la nouvelle approche interprétative de la Cour suprême une menace à leurs propres droits collectifs qui soit bien plus fondée que celle qu'ils prétendent voir dans l'Accord du Lac Meech. Enfin, la difficulté de définir lesquels des droits sont proprement politiques et lesquels ne le sont pas, et donc de décider quelles règles appliquer, risque fort bien de nous plonger, pour quelques années à venir, dans un état d'anarchie jurisprudentielle qui risque de retarder l'évolution de la Charte et d'accroître le fardeau de travail d'une magistrature déjà lourdement surchargée.

---

49. Voir J. WOEHRLING, « La modification constitutionnelle de 1987, la reconnaissance du Québec comme société distincte et la dualité linguistique du Canada », (1988) 29 *C. de D.* 3, 19, 21.
50. *Supra,* note 34.
51. *Bilodeau* c. *P.G. Manitoba,* [1986] 1 R.C.S. 449 ; *supra,* notes 22-24.

Aussi, on ne peut que regretter que l'Accord du Lac Meech ne contienne aucune incitation efficace à l'interprétation généreuse des droits linguistiques francophones à travers le Canada. Traditionnellement, nos cours se sont senties contraintes d'accorder aux droits constitutionnels de la minorité anglo-québécoise et de la minorité francophone hors Québec un contenu et une portée identiques. Or, le maintien d'une telle approche, rigidement symétrique, ne fruste-t-il pas, dans le contexte actuel, l'esprit et les grands objets originaux des Pères fondateurs, vu l'inégalité fondamentale des positions des deux langues au Canada ? L'anglais est devenu, depuis 1867, la langue de l'écrasante majorité de la population canadienne. Grâce à sa position dominante dans les médias continentaux et dans le monde des affaires, sa survie au Québec, et à travers le Canada, est assurée indépendamment de toute disposition constitutionnelle. Le français, qui est maintenant la langue de 2% des habitants du continent nord américain est voué par contre à une extinction lente et inévitable en l'absence de garanties juridiques efficaces. Il est évident que les auteurs des lois constitutionnelles de 1867, 1870, 1887 et 1982 voulaient maintenir la dualité linguistique du Canada et l'identité de ces deux groupes fondateurs. N'est-il donc pas indispensable que ces documents soient interprétés de façon à assurer cet idéal, aujourd'hui menacé par une tendance irrésistible vers l'anglicisation, en accordant aux droits linguistiques francophones une portée et une protection plus grandes que celles accordées à l'anglais ?

L'attitude décevante de la Cour suprême dans *Bilodeau, MacDonald, Société des Acadiens* et *Mercure*[52] suggère qu'il est illusoire d'espérer que celle-ci fera spontanément preuve d'une telle largesse d'esprit. Il revient donc aux élus politiques de lui indiquer le chemin, en remplaçant l'article 1 de l'Accord par une disposition qui exigerait clairement des cours une interprétation généreuse des dispositions linguistiques de la Constitution qui soit généreuse pour la langue française. Il est du devoir de chaque Canadien, quelles que soient ses origines, d'appuyer une telle initiative au nom de la dualité linguistique et de la générosité d'esprit qui caractérisent le Canada.

52. *Ibid.*