

De la portée réelle de nouveaux paradigmes en matière de protection des minorités linguistiques : analyse de postures judiciaires antipodiques

*Frédéric BÉRARD**

The Actual Scope of New Paradigms in the Protection of Linguistic Minorities : Analysis of Antipodal Judicial Positions

El alcance real de los nuevos paradigmas en materia de protección de las minorías lingüísticas : análisis de las posturas legales antípodas

O alcance real dos novos paradigmas em matéria de proteção das minorias linguísticas : análise das posturas judiciais antagônicas

论保护语言少数群体的新范式的实际作用：以两种对立的司法态度为分析依据

Résumé

Au Canada, les droits linguistiques ont connu, au cours des dernières décennies, un essor marqué. On pense, au premier chef, à l'incommensurable influence de l'article 23 de la Charte canadienne, lequel assure les droits éducationnels des deux minorités de langues officielles au

Abstract

In the recent decades, language rights in Canada have gone through substantial change. The first element that comes to mind is the overriding influence of section 23 of the Canadian Charter, which ensures the educational rights of the two official language minorities in

* Constitutionnaliste et codirecteur de l'Observatoire national en matière de droits linguistiques de l'Université de Montréal. Le présent texte est partiellement tiré de la thèse de doctorat de l'auteur, récemment déposée et soutenue avec succès. Celui-ci tient à remercier Amélie Bernard et Jérôme Tremblay, pour la révision du présent texte, ainsi que le professeur Michel Morin, pour son mentorat tacite.

pays. S'ajoute à ceux-ci l'instauration d'un bilinguisme institutionnel au Nouveau-Brunswick, ainsi que de nouvelles garanties constitutionnelles dorénavant imposées à l'échelle fédérale. Possiblement du fait de leur importance moindre, il est courant d'ignorer, voire d'occulter, l'influence découlant du principe constitutionnel sous-jacent afférent à la protection des minorités ainsi que de l'article 16(3) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Deux décisions relativement récentes et antipodiques témoignent simultanément du caractère encore vague des deux concepts et, cela dit, du caractère probablement porteur de leur application en matière de droits linguistiques.

Resumen

En Canadá, los derechos lingüísticos han conocido, en el transcurso de las últimas décadas, un auge considerable. Creemos que es debido primeramente, a la influencia incommensurable del artículo 23 de la Carta canadiense, que garantiza los derechos educativos de las minorías de las dos lenguas oficiales en el país. Se suma a esto, el establecimiento del bilingüismo institucional en Nuevo Brunswick, así como las nuevas garantías constitucionales que actualmente se imponen a nivel federal. Posiblemente debido a su menor importancia, es común ignorar o incluso ocultar la influencia planteada a la vez tanto por el principio constitucional subyacente relativo a la protección de las minorías, como por el artículo 16(3) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dos decisiones relativamente recientes y antipodas dan fe simultáneamente del carácter aún

the country. Moreover, institutional bilingualism was introduced in New Brunswick, as well as new constitutional guarantees now imposed at the federal level. Possibly due to their lesser importance, it is common to ignore, even conceal, the influence exerted by both the underlying constitutional principle regarding the protection of minorities and by section 16(3) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Two relatively recent and antonymous decisions illustrate how these two concepts remain in need of clarification on the one hand and, on the other, how their application is likely to have significant impact in the field of language rights.

Resumo

No Canadá, os direitos lingüísticos conheceram, no decorrer das últimas décadas, mudanças substanciais. Considere-se, em primeiro lugar, a incomensurável influência do artigo 23 da Carta Canadense, a qual assegura os direitos educacionais das duas minorias de línguas oficiais no país. Junta-se a este a instauração de um bilinguismo institucional no Novo Brunswick, assim como novas garantias constitucionais doravante impostas em escala federal. Possivelmente devido a sua importância menor, é corrente ignorar, até ocultar, a influência exercida ao mesmo tempo pelo princípio constitucional subjacente relativo à proteção das minorias, assim como pelo artigo 16(3) da *Carta Canadense de Direitos e Liberdades*. Duas decisões relativamente recentes e antitéticas ilustram como esses dois conceitos revelam o caráter ainda vivo dos dois conceitos e a

vago de los dos conceptos y, aún más del carácter promisorio de su aplicación en materia de derechos lingüísticos.

necessidade de clarificá-los, ao mesmo tempo que indicam quanto sua aplicação é suscetível de ter impacto significativo no campo dos direitos linguísticos.

摘要

最近几十年，语言权利在加拿大取得了显著的发展。人们首先会想到加拿大宪章第23条的巨大影响力，该条确保了两大官方语言的少数群体的教育权。此外，新不伦瑞克省建立了双语体系，联邦层面的双语体系也被赋予了新的宪法保障。或许是不那么重要，有关保护少数群体的潜藏性宪法原则以及《加拿大权利与自由宪章》第16（3）条的影响力通常被人们忽视甚至掩盖。近期的两个相互对立的司法判决表明这两个概念仍待厘清且它们的适用会对语言权利产生重大影响。

Plan de l'article

Introduction	411
I. Le principe constitutionnel sous-jacent afférent à la protection des minorités et l'article 16(3) de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	411
II. L'arrêt <i>Baie d'Urfé</i>	416
III. L'arrêt <i>Lalonde</i>	421
IV. Comparaison des arrêts <i>Baie d'Urfé</i> et <i>Lalonde</i>	426
V. L'arrêt <i>Charlebois</i>	429
Conclusion.....	431

Tous deux partie prenante d'une histoire constitutionnelle relativement récente, le principe constitutionnel sous-jacent afférent à la protection des minorités et l'article 16(3) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pourraient éventuellement jouer, en matière linguistique, un rôle fondamental¹. Cela dit, la portée réelle de ces nouveaux paradigmes, voire de ces socles de l'avancement des droits des communautés linguistiques minoritaires, demeure, comme en témoigne le présent texte, des plus nébuleuses. Deux arrêts rendus quasi simultanément par les cours d'appel du Québec et de l'Ontario témoignent en effet, et en plusieurs sens, des incertitudes afférentes à leur application en contexte judiciaire. Bien qu'en parfaite contradiction, ces deux décisions, soit *Lalonde*² et *Baie d'Urfé*³, n'ont pu connaître leur dénouement devant le plus haut tribunal du pays. Ce dernier, en refusant d'autoriser l'appel de la décision de la Cour d'appel québécoise, a décidé de laisser en plan, pour l'instant du moins, diverses questions d'intérêt majeur quant à l'évolution des droits linguistiques. Les prochaines pages visent à faire état de ces lectures jurisprudentielles antipodiques, en mettant en lumière des interprétations pour le moins dissonantes tant du principe non écrit de la protection des minorités que de la disposition constitutionnelle en cause. Discutons brièvement, d'entrée de jeu, de ceux-ci.

I. Le principe constitutionnel sous-jacent afférent à la protection des minorités et l'article 16(3) de la *Charte canadienne des droits et libertés*

Le principe constitutionnel sous-jacent afférent à la protection des minorités prend essentiellement son envol dans le *Renvoi sur la sécession*

¹ Relativement récente dans l'optique où, inscrite dans la perspective des 150 ans de la fédération canadienne, la période écoulée depuis l'adoption de la Charte peut encore être considérée comme brève. Il en va de même, *a fortiori*, du principe constitutionnel sous-jacent de protection des minorités, celui-ci étant essentiellement consacré en 1998 lors du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217. L'emploi du terme « récent » se justifie également, voire principalement, par le côté embryonnaire des deux concepts discutés au cours des prochaines pages.

² *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, [2001] O.J. No. 4767 (Ont. C.A.).

³ *Baie d'Urfé (Ville de) c. Québec (Procureur général)*, [2001] J.Q. No. 4821 (QC C.A.).

du Québec⁴. La Cour suprême précise alors que ce même principe fait, à l'instar des garanties écrites, partie intégrante de l'ordre constitutionnel canadien⁵. Il constitue, au même titre que la démocratie, le fédéralisme, le constitutionnalisme et la primauté du droit, l'une de ses forces vitales⁶.

Ces principes, loin d'être purement descriptifs :

[...] peuvent, dans certaines circonstances, donner lieu à des obligations juridiques substantielles (ils ont « plein effet juridique » selon les termes du Renvoi relatif au rapatriement, précité, à la p. 845) qui posent des limites substantielles à l'action gouvernementale. Ces principes peuvent donner naissance à des obligations très abstraites et générales, ou à des obligations plus spécifiques et précises. Les principes ne sont pas simplement descriptifs ; ils sont aussi investis d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements.⁷

Comme le rappelle la Cour, les dispositions protégeant les droits linguistiques, religieux et scolaires, bien que résultant de négociations et de compromis politiques⁸, sont néanmoins fondées sur des principes, notamment le « [...] principe plus large lié à la protection des droits des minorités »⁹. Dans ce qui semble être directement destiné à l'intention des minorités linguistiques et particulièrement aux francophones hors Québec, la Cour affirme ce qui suit : « [...] une constitution peut chercher à garantir que des groupes minoritaires vulnérables bénéficient des institutions et des droits nécessaires pour préserver et promouvoir leur identité propre face aux tendances assimilatrices de la majorité »¹⁰.

⁴ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1. Bien que le caractère fondamental des principes constitutionnels sous-jacents ait été reconnu préalablement par la Cour, notamment dans : *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 ; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 ; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 ; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319.

⁵ Pour un portrait plus général sur la question des principes constitutionnels non écrits, voir l'excellent texte de Luc TREMBLAY, « Les principes constitutionnels non écrits : Fondement épistémologique et normatif », 2009, en ligne : <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/3014>> (site consulté le 22 juin 2016).

⁶ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 51.

⁷ *Id.*, par. 54.

⁸ *Id.*, par. 79 et 80.

⁹ *Id.*, par. 80.

¹⁰ *Id.*, par. 74.

L'utilisation par la Cour des principes constitutionnels sous-jacents a permis de dénouer, en un sens, le nœud gordien de la question de la sécession¹¹. Ceux-ci sont venus interdire le droit à la sécession unilatérale, tout en imposant une obligation de négocier avec les divers participants à la fédération dans l'éventualité de l'obtention d'une expression claire de la volonté du peuple québécois de cesser de faire partie du Canada¹². La solution mise de l'avant par la Cour relève entièrement de l'analyse et de l'utilisation des principes constitutionnels implicites, et non du texte écrit, ce qui témoigne évidemment de leur importance¹³. Quant à leur application aux droits linguistiques, la controverse ne pouvait tarder à se manifester : qu'en est-il de la force normative du principe implicite de protection des minorités ? Nous verrons que les réponses jurisprudentielles à cette question se sont avérées antipodiques.

En ce qui a trait à l'article 16(3) de la Charte canadienne, il prévoit que « [l]a présente *Charte* ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais »¹⁴. Il reconnaît ainsi au Parlement et aux législatures la possibilité, dans le cadre de leurs compétences respectives, de

¹¹ Voir de manière générale à cet effet Frédéric BÉRARD et Stéphane BEAULAC, *Droit à l'indépendance*, Montréal, Les Éditions XYZ Inc., 2015.

¹² *Id.*, p. 58.

¹³ Souhaitant vraisemblablement préciser sa pensée quelques temps après le *Renvoi*, la Cour affirme, dans l'arrêt *Succession Eurig*, que des « principes implicites peuvent et doivent être utilisés pour préciser la Constitution mais ils ne peuvent pas modifier l'idée maîtresse du texte explicite de la Constitution » (*Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565, par. 66). Ceci, comme nous le verrons, aura une certaine importance dans l'arrêt *Charlebois c. Mowat et Moncton (Ville de)*, 2001 NBCA 117. Ajoutons aussi que la Cour suprême, dans la récente affaire *Caron*, réaffirme que : « [...] si importants soient-ils, ces principes ne peuvent avoir préséance sur le texte écrit de la Constitution [(*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 53)] », *Caron c. Alberta*, [2015] 3 R.C.S. 511, par. 36. Sur cette même question de l'application des principes sous-jacents, voir aussi : David J. MULLAN, « Underlying Constitutional Principles: The Legacy of Justice Rand », (2010) 34 *Man. L.J.* 73 ; Robert E. HAWKINS, « A Duty to Discuss: The Supreme Court's Role as Facilitator of Last Resort », (2014), 64 *S.C.L.R.* (2d) 397 ; Justice Ian BINNIE, « Justice Charles Gonthier and the Unwritten Principles of the Canadian Constitution », (2012) 56 *S.C.L.R.* (2nd.), en ligne : <http://cisdl.org/gonthier/public/pdfs/papers/Confrence_Charles_D_Gonthier_-_Ian_Binnie.pdf> (site consulté le 7 avril 2017).

¹⁴ *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)], art. 16(3).

bonifier les droits linguistiques de nature constitutionnelle¹⁵. L'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, lequel consacre une certaine forme de bilinguisme législatif, judiciaire et réglementaire, constituerait, à cet égard, un simple plancher¹⁶.

Le principe d'encliquetage, résultante unique et directe d'une application extensive de l'article 16(3), est discuté par la Cour suprême pour la première fois dans l'arrêt *Société des Acadiens*. La juge Wilson, alors dissidente, exprime l'idée :

[qu'il] ressort clairement du par. 16(3) que ces conséquences représentent le but visé plutôt que la réalité actuelle; il s'agit de quelque chose dont le Parlement et les législatures doivent «favoriser la progression». Cela semblerait conforme à l'esprit de l'arrêt *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182, savoir que les législatures ne peuvent déroger à des droits déjà accordés, mais elles peuvent en étendre la portée. À condition que la législation «favorise la progression» vers l'égalité de statut des deux langues officielles, les cours n'y toucheront pas; dans l'hypothèse contraire, elle ne résistera pas à l'examen judiciaire. J'estime toutefois qu'aucun droit à un redressement ne découle inévitablement du fait que le but n'ait pas encore été atteint à un moment donné. J'abonde dans le sens de ceux qui voient dans l'art. 16 un principe de croissance ou de développement, une progression vers un objectif ultime. La question, selon moi, sera donc toujours de savoir où nous en sommes présentement dans notre cheminement vers le bilinguisme et si la conduite attaquée peut être considérée comme appropriée à ce stade de l'évolution. Dans l'affirmative, même si la conduite en question ne reflète pas la pleine égalité de statut et l'égalité quant aux droits à l'usage des langues officielles, elle ne sera pas contraire à l'esprit de l'art.16.¹⁷

Ceci «[...] laisse supposer qu'une loi, fédérale ou provinciale, qui enlèverait des droits linguistiques à une minorité, contreviendrait *a priori* au principe de progression vers l'égalité, et cela s'appliquerait à toutes les

¹⁵ Ce principe est d'ailleurs confirmé par l'arrêt pré-Charte: *Jones c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1975] 2 R.C.S. 182.

¹⁶ Pierre FOUCHER, «Les articles 16 à 22 de la Charte», dans Stéphane BEAULAC et Errol MENDES (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 5^e éd., Markham, LexisNexis, 2013, p. 1043.

¹⁷ *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549, par. 144.

juridictions canadiennes »¹⁸. En conséquence, toute mesure visant à amoindrir la valeur et la portée desdits droits sera considérée *ultra vires*.

Les propos de la juge Wilson étant inscrits dans une dissidence, le principe de l'encliquetage demeure exclu du droit positif applicable, sans force normative reconnue. D'ailleurs, l'autre arrêt d'importance eu égard à l'article 16(3), soit *Beaulac*, rendu presque quinze ans plus tard et renversant l'idée que les droits linguistiques doivent recevoir une interprétation restrictive, ne traite pas, directement ou indirectement, dudit principe d'encliquetage. Rendu par la Cour suprême quelques mois avant les décisions respectives des cours d'appel québécoise et ontarienne dans *Baie d'Urfé* et *Lalonde*, *Beaulac* reconnaît néanmoins l'existence, voire l'importance, de l'article 16(3). Dans cette affaire, la Cour statue que l'article 530 du *Code criminel*, aux termes duquel l'accusé a droit à un procès devant un juge et jury parlant sa langue, est une résultante directe de ce même article¹⁹. Ceci amène implicitement la Cour à adopter une lecture large et généreuse de l'article en cause, lecture qui provoquera d'ailleurs la chute de l'interprétation restrictive consacrée par la trilogie de 1986, dont fait partie *Société des Acadiens*²⁰. Cela dit, la majorité de la Cour, même en mettant l'accent sur l'importance de l'article 16(3) en l'espèce, ne réfère en aucun temps au principe d'encliquetage discuté originalement par la juge Wilson, ceci s'expliquant probablement par les enjeux purement interprétatifs soulevés

¹⁸ P. FOUCHER, préc., note 16, p. 1044.

¹⁹ R. c. *Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 24.

²⁰ Selon la Cour : « Les droits linguistiques doivent dans tous les cas recevoir une interprétation fondée sur leur objet, d'une façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada [...]. Dans la mesure où l'arrêt *Société des Acadiens* [...] préconise une interprétation restrictive des droits linguistiques, il doit être écarté. La crainte qu'une interprétation libérale des droits linguistiques fasse 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 instrument essentiel dans le maintien et la protection des collectivités de langue officielle là où ils s'appliquent. » (*id.*, par. 25). Notons aussi l'opinion minoritaire des juges Lamer et Binnie, lesquels jugent que « [l]e présent pourvoi n'est pas l'occasion appropriée de réexaminer l'interprétation constitutionnelle par notre Cour des garanties linguistiques énoncées à l'art. 16 de la *Charte canadienne*, et de réévaluer la position adoptée par la Cour dans *Société des Acadiens*. En vertu d'une règle de prudence bien établie, les tribunaux ne devraient pas se prononcer sur des questions constitutionnelles tant qu'elles ne sont pas nettement soumises à leur décision. Le pourvoi n'est pas une affaire constitutionnelle. » (*id.*, par. 21).

dans *Beaulac*. Le statut du principe demeure ainsi donc, par définition, en suspens.

Tel était l'état du droit applicable au moment où les cours d'appel du Québec et de l'Ontario allaient, à quelques semaines d'intervalle, rendre leur décision respective.

II. L'arrêt *Baie d'Urfé*

Comme nous le verrons, l'arrêt *Baie d'Urfé*²¹ offre une lecture de l'article 16(3) et du principe constitutionnel sous-jacent de protection des minorités qui détonne, et il s'agit d'un euphémisme, de celle qui sera rendue peu après dans *Lalonde*²². Dans cette première affaire, le plus haut tribunal du Québec doit statuer sur un recours en injonction permanente visant l'inconstitutionnalité de la *Loi portant réforme de l'organisation territoriale municipale des régions métropolitaines de Montréal* (ci-après « Loi 170 »)²³ et certaines dispositions de la Loi 171 ou la *Loi modifiant la Charte de la langue française*²⁴. Cette dernière vient modifier les conditions nécessaires afin qu'une municipalité puisse être reconnue comme bilingue. Historiquement, celle-ci pouvait obtenir ce statut si la majorité de ses résidents parlaient une langue autre que le français. Ce statut sera, dorénavant, conditionnel au fait que la majorité de ses citoyens soit de langue mater-

²¹ *Baie-d'Urfé (Ville de) c. Québec (Procureur général)*, préc., note 3. Précisons que la même journée, la Cour d'appel du Québec rendait, sur la base des mêmes motifs, sa décision dans l'arrêt *Ville de Westmount c. Québec (Procureur général)*, [2001] R.J.Q. 2520 (QC C.A.). En fait, la décision *Baie-d'Urfé* réfère expressément et uniquement aux motifs de l'arrêt *Ville de Westmount*. Pour une raison quelconque, la doctrine fait uniquement référence à l'arrêt *Baie-d'Urfé*, ce que nous ferons également, et ce, par souci d'uniformité.

²² *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, préc., note 2. Voir Joseph-Yvon THÉRIAULT, « Culture politique canadienne et asymétrie linguistique », dans André BRAËN, Pierre FOUCHER et Yves LE BOUTHILLER (dir.), *Languages, Constitutionalism and Minorities / Langues, constitutionnalisme et minorité*, Markham, LexisNexis, 2006, p. 255.

²³ *Loi portant réforme de l'organisation territoriale municipale des régions métropolitaines de Montréal, de Québec et de l'Outaouais*, L.Q. 2000, c. 56, telle que modifiée par la *Loi modifiant diverses dispositions législatives en matières municipales*, L.Q. 2001, c. 25.

²⁴ *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 2000, c. 57 (ci-après « Loi 171 »). Notons que celle-ci venait également, en l'espèce, modifier la Loi 170.

nelle anglaise, ceci provoquant, par conséquent, la diminution du nombre d'arrondissements bilingues²⁵.

En première instance, les requérants déposent nombre de rapports sociologiques et autres visant à convaincre la Cour de « [...] la dimension démographique de la population de langue anglaise dans le grand Montréal, la relation existant entre les services municipaux actuels donnés en langue anglaise et la satisfaction des citoyens, l'originalité et le rôle de préservation de la culture des citoyens anglophones par les institutions municipales locales. »²⁶

Le nouveau régime prévu par la Loi irait, selon ces mêmes requérants, jusqu'à menacer la survie de la culture anglophone sur le territoire²⁷. La Cour supérieure rejette l'ensemble des prétentions, incluant celles portant sur les chartes²⁸, concluant plutôt que le litige en est un de philosophie politique²⁹. Répondant directement à la plaidoirie tenue par la Commissaire aux langues officielles, intervenante en cette affaire, le juge refuse les prétentions de cette dernière à l'effet que l'article 16(3) de la Charte canadienne doit mener à l'inconstitutionnalité de la *Loi modifiant la Charte de la langue française*³⁰. En fait, et selon la Cour supérieure, l'application de ce même article en l'espèce reviendrait à enchâsser dans la Constitution l'article 29.1 de la *Charte de la langue française*, dont le législateur québécois souhaitait ici modifier la portée par l'entremise de la Loi 171³¹. La Cour rejette ainsi, *manu militari*, toute forme d'encliquetage possible.

²⁵ *Baie d'Urfé (Ville de) c. Québec (procureur général)*, préc., note 3, par. 18.

²⁶ *Id.*, par. 45.

²⁷ *Id.*, par. 46.

²⁸ Le juge de première instance refuse notamment de conclure à une atteinte quelconque au droit à l'égalité, à la liberté d'expression, à la liberté de presse et d'association, à la liberté de libre circulation et d'établissement, au droit à la vie, à la liberté, à la sécurité ou au droit de vote. *Id.*, par. 55.

²⁹ *Id.*, par. 49. Et donc « [...] qu'il n'appartient pas aux tribunaux de décider de l'opportunité ou de la sagesse de mesures législatives, à partir du moment où les pouvoirs législatif et exécutif agissent dans les limites des compétences que leur donne la Constitution et respectent les droits fondamentaux protégés par les Chartes ».

³⁰ *Id.*, par. 57.

³¹ *Id.*, par. 47. Même si les cas des arrêts *Lalonde* et *Baie d'Urfé* diffèrent sous plusieurs aspects, il est quand même d'intérêt de remarquer l'asymétrie de l'importance accordée à l'article 16(3) par les deux cours de première instance.

Lors des auditions en Cour d'appel, les municipalités en cause laissent tomber la majeure partie de leurs prétentions afférentes aux chartes, s'attardant uniquement à quelques aspects précis³², la Commissaire aux langues officielles revenant, pour sa part, à la charge avec l'argument précité portant sur l'article 16(3)³³.

Plaidant maintenant que la nouvelle législation constitue un bouleversement du monde municipal et, par déduction, des droits de la communauté anglo-québécoise, les appelants invoquent d'emblée que :

[l]'institution municipale est essentielle au maintien et au développement de la communauté anglophone du Québec, minoritaire dans la province. Or, la protection des minorités est l'un des principes structurels de la Constitution du Canada tels que définis par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Il s'ensuit donc que les lois 170 et 29 sont invalides et devraient être déclarées inopérantes puisqu'elles violent ces principes constitutionnels.³⁴

La Cour d'appel émet de sérieuses réserves quant à l'applicabilité *mutatis mutandis* des principes constitutionnels sous-jacents, s'empresant notamment de relativiser leur importance générale en droit public canadien :

On doit donc constater que c'est uniquement parce qu'il y avait silence de la Constitution écrite au sujet du droit à une sécession unilatérale que la Cour a dû se référer à des principes non écrits pour être en mesure de donner une réponse à la première question. Ces principes ne s'appliquent donc que dans un contexte constitutionnel très particulier.³⁵

Elle ajoute :

En outre, le principe de protection des minorités n'a pas pour effet de conférer un droit à des institutions pour la protection des minorités, lorsque ce

³² Notamment le droit à l'égalité et le droit à la vie privée. Ces arguments ayant été succinctement rejetés par la Cour, nous n'en traiterons pas davantage dans les pages qui suivent.

³³ *Id.*, par. 72.

³⁴ *Id.*, par. 68. Leur deuxième argument ressemble fort au premier : « [...] l'institution municipale est essentielle à la protection de la minorité anglophone parce qu'elle est la seule entité gouvernementale que la minorité contrôle. Les villes appelantes plaident donc que leur abolition constitue une modification à la constitution interne de la province, ce qui serait interdit, la législation violant le principe de la protection des minorités au cœur de l'union fédérale de 1867. », (*id.*, par. 69).

³⁵ *Id.*, par. 82.

droit n'est pas protégé, par ailleurs, dans la Constitution. Il ne peut non plus être interprété comme conférant à une minorité linguistique le droit à des structures municipales figées dans le temps, qui constituerait, pratiquement, un droit de veto sur toute réforme municipale.³⁶

Les appelants soutiennent que ces principes sont fondamentaux et peuvent, du fait de leur puissante force normative liant les tribunaux et les gouvernements, donner naissance à des obligations juridiques substantielles³⁷. La réplique de la Cour d'appel s'avère laconique : « [1]à encore, s'il est exact que la Cour suprême a fait un tel énoncé, celui-ci doit être pris et lu dans son contexte qui énonce clairement (par. 53) l'importante réserve, que nous avons déjà soulignée, faite par la Cour quant à l'utilisation de ces principes »³⁸. Cette réserve étant, rappelons-le, à l'effet suivant : seul le silence de la Constitution écrite au sujet du droit à une sécession unilatérale aurait rendu utile, voire nécessaire, la référence aux principes non écrits.

Qui plus est :

[...] le *Renvoi* ne prévoit nulle part que la protection des minorités doit s'effectuer par l'entremise de leurs institutions municipales. Lorsque la Cour suprême parle de maintien des institutions, elle le fait dans le cadre du principe du constitutionnalisme et des raisons pour lesquelles une constitution est placée hors la règle de la majorité. C'est donc de la Constitution écrite dont il est bel et bien question.³⁹

Autrement dit, selon la Cour d'appel du Québec, le terme « institution » utilisé par la Cour suprême dans le *Renvoi sur la sécession* ne peut nullement renvoyer à des institutions politiques spécifiques.

Enfin, la Cour d'appel rejette également l'argument de la Commissaire relatif à l'article 16(3) de la Charte canadienne, c'est-à-dire que la Loi 171 aurait pour effet de réduire les droits de la minorité anglophone. La Cour conclut tout simplement que la situation juridique des villes appelantes

³⁶ *Id.*, par. 94.

³⁷ *Id.*, par. 98. Les appelants se réfèrent ainsi au paragraphe 54 du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1.

³⁸ *Id.*, par. 99.

³⁹ *Id.*, par. 104.

demeure, pour l'instant, inchangée sur le plan linguistique⁴⁰. Ceci a de quoi étonner puisque le tribunal admet par ailleurs que les villes dites anglophones offraient, avant les amendements décriés, « [...] des services beaucoup plus étendus que ceux expressément autorisés par l'article 29.1 et les autres dispositions de la *Charte de la langue française* »⁴¹. En fait, et même si l'article 12 de la Loi 171 protège le statut bilingue des arrondissements déjà qualifiés au moment des amendements, à l'avenir, seules les municipalités dont la majorité des résidents sont de langue maternelle anglaise pourront dorénavant faire la demande d'un tel statut, et ce, tel que prévu par l'article 6 de cette même : « L'article 29.1 de cette Charte [de la langue française] est modifié : 1) par le remplacement du premier alinéa par les suivants : [...] L'Office doit reconnaître, à sa demande : 1° une municipalité, lorsque plus de la moitié des résidents de son territoire sont de langue maternelle anglaise [...] »⁴². Le législateur québécois ajoute ainsi, on l'a compris, une importante condition à la reconnaissance du caractère bilingue des prochains arrondissements en faisant la demande : la nécessité de démontrer que leur population respective compte minimalement 50 % de résidents de langue maternelle anglaise.

En excluant dorénavant du calcul la présence d'allophones, il est conséquemment peu probable qu'aucun nouvel arrondissement, outre ceux déjà qualifiés, n'obtienne, dans le futur, un tel statut, le nombre d'anglophones dits de souche étant, au Québec, en constante décroissance⁴³.

⁴⁰ *Id.*, par. 215. La *Charte de la langue française* continue de régir l'usage des langues française et anglaise au sein des institutions municipales. Au paragraphe 214, elle précise que : « [p]ar contre, la Loi 171 ne modifie aucunement leur situation juridique, puisque les arrondissements bilingues conservent les mêmes droits et privilèges qui appartenaient auparavant aux villes bilingues ou dites "anglophones" aux termes de la *Charte de la langue française*. » (*id.*, par. 214).

⁴¹ *Id.*, par. 214. Mentionnons pour seuls exemples l'expropriation sans compensation de quelques biens municipaux tels le Technoparc à Ville de St-Laurent et Hydro Westmount, auxquels s'ajoute la perte de statut d'arrondissement bilingue pour NDG et Côte-des-Neiges.

⁴² Loi 171, préc., note 24, art. 6.

⁴³ Nadine PIERREVELCIN, « Les défusions municipales sur l'île de Montréal comme stratégie d'affirmation culturelle », (2007) 48-1 *Recherches sociographiques* 65, 80. Aussi, et même si l'article 16(3) ne peut donc, aux dires de la Cour d'appel du Québec, trouver application en l'espèce, celle-ci y va d'un propos qui ressemble fort à ceux qu'a tenus la juge Wilson dans *Société des Acadiens* : « [l]es appelants se plaignent qu'il sera plus facile de retirer le statut de ville bilingue dans l'avenir. Il s'agit là d'une allégation qui n'est aucunement soutenue par la preuve. En outre, si le gouvernement agissait ainsi, il

III. L'arrêt *Lalonde*

En août 1997, la Commission de restructuration des services de santé de l'Ontario prend la décision de réduire considérablement les services offerts par l'Hôpital Montfort, le seul hôpital francophone de la province. Attaquée devant les tribunaux, la mesure est jugée invalide par la Cour divisionnaire, le principe d'encliquetage et celui afférent à la protection des minorités devant trouver application⁴⁴.

La Cour d'appel, pour des motifs quelque peu distincts, arrive à la même conclusion que la Cour divisionnaire, précisant que la *Loi sur les services en français* (ci-après « *L.S.F.* ») accorde à la collectivité francophone le droit de recevoir des services de santé dans un « milieu vraiment francophone »⁴⁵. Cette loi prévoit, de surcroît, l'existence d'établissements assurant l'éducation et la formation des professionnels de la santé en français. Ainsi, l'Ontario doit tenir compte de l'importance de l'Hôpital Montfort comme institution linguistique et culturelle favorisant la progression de l'identité franco-ontarienne et protégeant celle-ci des affres de l'assimilation⁴⁶. La Cour d'appel appuie principalement sa décision sur le principe non écrit de la protection des minorités⁴⁷. Celui-ci :

[...] peut servir utilement non seulement à interpréter la *L.S.F.*, mais aussi à évaluer la validité des directives de la Commission à la lumière de cette loi. Autant l'action gouvernementale que la loi doivent être examinées à la lumière des principes constitutionnels, notamment des principes constitutionnels non écrits.⁴⁸

serait alors possible de faire valoir les prétentions que la Commissaire soutient présentement. » (*Baie d'Urfé (Ville de) c. Québec (Procureur général)*, préc., note 4, par. 215).

⁴⁴ *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, [1999] O.J. No. 4489 (C. div. Ont.) et pour un bon exposé factuel et juridique de la question, voir le texte du RÉSEAU ONTARIEN POUR L'ÉDUCATION JURIDIQUE, « Landmark Case: The Montfort Hospital Case *Lalonde v. Health Restructuring Commission (Ontario)* », en ligne: <<http://ojen.ca/wp-content/uploads/Montfort-English.pdf>> (site consulté le 7 avril 2017).

⁴⁵ *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, préc., note 2, par. 127.

⁴⁶ *Id.*, par. 124.

⁴⁷ Tel que développé notamment lors du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1.

⁴⁸ *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, préc., note 2, par. 130.

Loin d'être un simple principe interprétatif, le principe de protection des minorités peut ainsi agir à des fins de contrôle judiciaire, et ce, même en l'absence de garanties constitutionnelles écrites :

En l'espèce, aucune garantie constitutionnelle écrite ne joue, mais la situation implique de lourdes conséquences pour la minorité franco-ontarienne, au point de faire intervenir le principe constitutionnel de respect et de protection des minorités [...]. Les normes constitutionnelles non écrites peuvent, dans certaines circonstances, autoriser la révision judiciaire de décisions discrétionnaires.⁴⁹

Rappelant l'importance de la minorité francophone ontarienne et le fait qu'elle peut bénéficier de ce principe de protection :

Nous convenons avec la Cour divisionnaire [...] que la langue et la culture de la minorité francophone en Ontario « occupent une place privilégiée dans le tissu de la société canadienne en tant que l'une des collectivités fondatrices du Canada et que [le français est] l'une des deux langues officielles dont les droits sont inscrits dans la Constitution. » Si elles étaient mises à exécution, les directives de la Commission porteraient grandement atteinte au rôle de Montfort en tant qu'importante institution, vitale pour la minorité francophone de l'Ontario sur les plans linguistique, culturel et éducatif. Une telle atteinte serait contraire au principe constitutionnel fondamental de respect et de protection des minorités.⁵⁰

Pour la Cour d'appel, la Commission devait donc, dans son processus décisionnel, évaluer la question de l'intérêt public à la lumière du principe fondamental de protection des minorités⁵¹. Celle-ci n'ayant pas agi en conformité avec ledit principe dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la Cour conclut que :

La Commission n'a pas présenté de justification à l'appui de sa décision de réduire le rôle important de Montfort sur les plans linguistique, culturel et éducatif pour la minorité franco-ontarienne. [...] Nous en concluons que les directives de la Commission doivent être annulées au motif supplémentaire que, dans l'exercice de sa discrétion, et contrairement au principe constitutionnel du respect et de la protection des minorités, la Commission n'a pas

⁴⁹ *Id.*, par. 173 et 176.

⁵⁰ *Id.*, par. 181. Nos soulignements.

⁵¹ *Id.*, par. 180.

accordé suffisamment de poids et d'importance au rôle de Montfort sur les plans linguistique et culturel pour la survie de la minorité franco-ontarienne.⁵²

Ensuite, et bien que la Cour d'appel rejette *in concreto* le principe d'encliquetage précédemment abordé⁵³, elle confirme néanmoins la valeur interprétative de l'article 16(3) en l'espèce. Or, le *ratio decidendi* de l'arrêt *Lalonde* est justement fondé sur l'interprétation de la *Loi sur les services en français*. Cette dernière, nous dit la Cour, représente d'ailleurs une mesure prise en vertu de l'article de 16(3) :

L'interprétation à donner à la *L.S.F.* est au cœur même du présent appel. La *L.S.F.* est un exemple d'utilisation, par la Législature provinciale de l'Ontario, du paragraphe 16(3) pour enrichir les droits linguistiques garantis par la *Loi constitutionnelle de 1867* et la *Charte* pour faire progresser l'égalité de statut ou d'emploi du français. L'aspiration exprimée par le paragraphe 16(3) – faire progresser le français vers une égalité effective avec l'anglais en Ontario – est d'une grande importance pour interpréter la *L.S.F.*⁵⁴

Ceci est d'ailleurs clairement confirmé par le ministre ontarien des Affaires francophones le jour de l'adoption de la loi en question :

[TRADUCTION] Notre province assume une responsabilité particulière à cet égard [faire en sorte que les francophones reçoivent des services dans leur propre langue], parce que l'Ontario est le foyer de la plus grande collectivité de Canadiens d'expression française hors du Québec. C'est pourquoi le gouvernement de l'Ontario entend garantir par la loi les droits des francophones de recevoir les services du gouvernement en français.

Les diverses mesures contenues dans ce projet de loi s'inspirent des principes fondamentaux de justice et d'égalité auxquels nous attachons tant d'importance dans cette province. Ce sont deux principes fondamentaux sur lesquels les deux peuples fondateurs ont érigé notre pays. Le gouvernement de l'Ontario estime qu'il est maintenant temps que cette réalité et cette dualité s'expriment dans le fonctionnement de tous les ministères.⁵⁵

⁵² *Id.*, par. 184 et 187. En bref, une instance décisionnelle ne peut donc, aux dires de la Cour d'appel ontarienne, faire l'économie d'un principe constitutionnel sous-jacent jugé pertinent, la référence à ce dernier se devant même d'être explicite et détaillée.

⁵³ *Id.*, par. 92. La Cour conclut que l'effet de l'article 16(3) est de protéger, et non pas de constitutionnaliser, les mesures prises pour faire avancer l'égalité linguistique. (*id.*, par. 95).

⁵⁴ *Id.*, par. 129.

⁵⁵ *Id.*, par. 14.

La principale question en litige concerne l'application de l'article 5 de la *Loi sur les services en français*, lequel pose que : « [c]hacun a droit à l'emploi du français, conformément à la présente loi, pour communiquer avec le siège ou l'administration centrale d'un organisme gouvernemental ou d'une institution de la Législature et pour en recevoir les services »⁵⁶. La Commission de restructuration des services de santé plaide ainsi qu'un individu pourra recevoir tout service disponible offert par un organisme gouvernemental, sans que ceci oblige ce dernier à dispenser un nombre minimal de tels services⁵⁷. La Cour réfute cette interprétation et réplique : « [à] notre avis, le mot « services » (« available services ») employé à l'art. 5 de la Loi fait référence aux services de soins de santé offerts quand l'organisme a été désigné en vertu de la Loi »⁵⁸. Forte des propos du ministre et du fait que la Loi résulte indubitablement d'une application de l'article 16(3), la Cour conclut à la violation de l'esprit de la *Loi sur les services en français* et, conséquemment, à l'invalidité des directives contestées au motif qu'elle contreviendrait à celle-ci⁵⁹.

Malgré ce qui précède, rappelons que la Cour refuse l'application *in concerto* du principe d'encliquetage :

Le paragraphe 16(3) de la Charte n'accorde pas à Montfort un statut constitutionnel, parce qu'il ne s'agit pas d'une disposition attributive de droit. Étant donné que Montfort n'est pas constitutionnellement protégé par le par. 16(3), l'Ontario peut, sous réserve de ce qui suit, modifier le statut de Montfort en tant qu'hôpital communautaire sans contrevenir au par. 16(3).⁶⁰

Pourtant, n'assistons-nous pas, en l'espèce, à une application subtile et subreptice de celui-ci? En effet, si ce dernier vise à protéger les acquis linguistiques en refusant à l'État la possibilité de réduire les droits déjà existants, comment alors qualifier une ordonnance de la Cour selon laquelle des services en matière de santé publique doivent être minimalement les mêmes que ceux offerts au moment de l'adoption de la Loi, si ce n'est que par ce même concept?

⁵⁶ *Loi sur les services en français*, L.R.O. 1990, c. F-32, art. 5(1).

⁵⁷ *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, préc., note 2, par. 159.

⁵⁸ *Id.*, par. 160.

⁵⁹ *Id.*, par. 162 et 163.

⁶⁰ *Id.*, par. 95

À titre de preuve supplémentaire, citons-ce passage :

Le législateur a très clairement indiqué son intention, dans le préambule de la *L.S.F.*, de « garantir » la prestation de services en français. [...] Notre interprétation est par ailleurs conforme aux objectifs de la *L.S.F.*, à l'aspiration exprimée par le paragraphe 16(3) de la *Charte*, et au principe constitutionnel non écrit de respect et de protection des minorités.⁶¹

Au risque de nous répéter, l'interprétation large et généreuse des mesures adoptées en vertu de l'article 16(3) ne vient-elle pas assurer la « survie » de la disposition en invalidant toute mesure attaquant son essence et objet? Le cas échéant, cela amènerait à conclure que la Cour d'appel de l'Ontario a effectivement incorporé les enseignements de la juge Wilson, et ce, malgré son refus de l'admettre.

Ainsi, et bien que l'utilisation de l'article 16(3) de la *Charte canadienne* suffise également à conclure à l'invalidité de la décision de la Commission, la Cour d'appel de l'Ontario préfère vraisemblablement se référer uniquement au principe constitutionnel de protection des minorités discuté dans le *Renvoi relatif à la sécession*. Ceci tombe d'ailleurs sous le sens : le principe d'encliquetage suggéré par la juge Wilson demeure toujours, au moment de la décision dans *Lalonde*, non validé par le plus haut tribunal du pays⁶². Il en va autrement, on le sait, de l'importance des principes constitutionnels implicites, ceux-ci ayant servi de fondements au *ratio* du *Renvoi relatif à la sécession* rendu peu de temps auparavant.

Rappelons enfin que le principe de protection des minorités, aux dires de la Cour suprême, se « [...] reflète clairement dans les dispositions de la Charte relatives à la protection des droits des minorités »⁶³. On pourrait ainsi conclure, par déduction, qu'il s'agit d'un exemple supplémentaire où la Charte, bien qu'indirectement, participe à une protection accrue des droits des francophones hors Québec.

Compte tenu de ce qui précède, il paraît indéniable que la volonté expresse de la Cour d'appel de protéger la minorité francophone ontarienne est la raison première du *ratio* rendu. Ceci est d'autant plus vrai

⁶¹ *Id.*, par. 160.

⁶² Les propos de la juge Wilson dans *Société des Acadiens* étant, rappelons-le, tenus lors d'une dissidence.

⁶³ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 80.

que le principe de protection des minorités s'est révélé, comme le démontre l'arrêt *Baie d'Urfé*, d'une application à géométrie fortement variable⁶⁴.

IV. Comparaison des arrêts *Baie d'Urfé* et *Lalonde*

Dans l'arrêt *Lalonde*, la Cour d'appel de l'Ontario confirme l'ampleur de la force normative des principes constitutionnels sous-jacents, et ce, en tout temps. Elle utilise ainsi le principe non écrit de la protection des minorités afin d'interpréter à la fois la loi et l'action gouvernementale en cause. Elle se permet également de faire intervenir le principe afin d'assurer la révision judiciaire de la décision administrative rendue par la Commission. Enfin, ce principe permet, toujours selon la Cour d'appel, la protection des institutions des minorités linguistiques. Quant à l'article 16(3), même si ce dernier ne fait pas directement intervenir le concept d'encliquetage, il demeure tout de même pertinent afin d'assurer l'interprétation de la loi applicable.

À titre comparatif, la Cour d'appel du Québec se refuse de reconnaître la force normative des principes sous-jacents hormis, comme dans le *Renvoi sur la sécession*, lors de l'analyse du texte constitutionnel. Elle refuse également, au contraire de son homologue ontarienne, d'utiliser le principe à des fins interprétatives. Il nous semble ici loisible de prétendre que l'application du principe non écrit de la protection des minorités à titre interprétatif aurait permis une analyse différente de la Loi 170 et de la Loi 171, assurant une lecture plus généreuse des droits de la minorité anglo-québécoise. On pense, par exemple, au maintien des droits acquis d'un arrondissement qui aurait pu être déclaré bilingue avant l'adoption de ces lois, dès lors que leur population comptait 50 % de citoyens de langue anglaise, peu importe si celle-ci s'avèrait, ou non, leur langue maternelle.

Ainsi, et même si nous ne prétendons pas que le principe non écrit peut amener un contrôle judiciaire de la validité constitutionnelle des lois en cause, il pourrait néanmoins, à notre sens, être utilisé à des fins interprétatives quant à ces mêmes lois. Cet usage des principes sous-jacents est, nous l'avons vu, permis et prisé par l'arrêt *Lalonde*. La Cour

⁶⁴ *Baie d'Urfé (Ville de) c. Québec (Procureur général)*, préc., note 3.

d'appel québécoise rejette ensuite la possibilité de faire intervenir le principe afin de protéger les institutions municipales de la minorité anglo-québécoise. Enfin, sur la question de l'applicabilité de l'article 16(3), même si le tribunal ne refuse pas entièrement sa pertinence en l'espèce, elle ferme tout de même la porte à son application directe et indirecte en l'espèce, et ce, au motif que la situation linguistique est actuellement inchangée. Cette conclusion est, rappelons-le, difficile à saisir du fait que la Cour reconnaît elle-même que les services auparavant rendus étaient beaucoup plus étendus que ceux aujourd'hui autorisés.

La dichotomie, voire l'incohérence⁶⁵, entre ces deux analyses est ainsi indubitable. Le principe non écrit de la protection des minorités et l'article 16(3) assureraient le maintien de soins de santé intégraux en français, mais non la préservation du statut bilingue d'une municipalité principalement anglophone. L'hôpital francophone se hisse donc au rang d'institution protégée par le principe, privilège pourtant refusé aux municipalités.

On plaidera, à l'instar de la conclusion des juges de la Cour d'appel dans *Baie d'Urfé*, qu'une lecture trop extensive du principe de protection des minorités en viendrait à affecter sérieusement la compétence québécoise en matière d'affaires municipales⁶⁶. Cela est possible, mais, le cas échéant, une question s'impose alors d'elle-même : qu'en est-il de la compétence ontarienne en matière de santé ? L'arrêt *Lalonde* ne vient-il pas limiter de manière substantielle toute marge discrétionnaire de la Commission de restructuration des services de santé ? Quelle différence peut-on observer, au fait, entre la compétence provinciale en matière municipale et celle relative à la santé ? Quelle différence intervient entre des fusions municipales majeures, ainsi qu'une perte de statut juridique sur le plan linguistique et une baisse significative des services offerts par un centre hospitalier ? Les sceptiques pourraient ajouter que dans le cas québécois, seules des lois étaient mises en cause, au contraire d'une

⁶⁵ Voir aussi : Michel DOUCET, « La Cour suprême du Canada et le principe de la progression vers l'égalité des droits linguistiques : un dialogue inachevé ? », dans Nicolas C.G. LAMBERT (dir.), *À l'avant-garde de la dualité. Mélanges en l'honneur de Michel Bastarache*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011.

⁶⁶ Voir à cet effet tous les passages de la Cour susmentionnés relatifs à la discussion sur l'applicabilité des principes constitutionnels sous-jacents et, plus précisément, les paragraphes 92 et 93. P. FOUCHER, préc., note 16, p. 1037.

discrétion administrative dans l'affaire ontarienne⁶⁷. Cet argument, avec respect, convainc peu. D'abord, parce que la Cour d'appel québécoise refuse toute application interprétative du principe non écrit dans son analyse des lois en place. Ce même recours à la valeur interprétative du principe a permis, rappelons-le, à la Cour d'appel ontarienne d'y aller d'une lecture fort large de la *Loi sur les services en français*, assujettissant à cette même interprétation toute action gouvernementale rendue en fonction de cette loi. Ensuite, parce qu'il est possible de soutenir que les dispositions contestées des Loi 170 et 171 ont, à l'instar de la *Loi sur les services en français*, une indéniable saveur linguistique, ceci devant en appeler, d'ordinaire, à une application similaire du principe de protection des minorités. L'invocation de ce principe dans *Baie d'Urfé* aurait ainsi pu, à notre sens, amener une lecture davantage favorable à la minorité anglo-québécoise. Enfin, parce qu'au contraire de la Cour d'appel de l'Ontario, la Cour d'appel du Québec refuse de reconnaître la protection des institutions de la communauté linguistique minoritaire par l'entremise du principe non écrit. Ces conceptions antipodiques ont ainsi eu un impact majeur sur les deux décisions rendues, celles-ci définissant en amont des décisions la portée devant être accordée au principe, indépendamment qu'il soit question de loi ou d'action gouvernementale.

Ainsi, les Franco-Ontariens se révèlent les grands gagnants de cette affaire. Les Anglo-Québécois, eux, sont sans doute demeurés perplexes à la lecture de la décision *Lalonde*, rendue moins de 60 jours plus tard. Dans des cas forts similaires et faisant appel aux mêmes normes, les tribunaux en sont en fait venus à des conclusions diamétralement opposées, à un point tel qu'il est permis de croire, voire de conclure, que le statut précaire de la communauté francophone minoritaire et la situation historiquement plus confortable des Anglo-Québécois explique cette divergence herméneutique. En fait, et sans évidemment pouvoir en faire la démonstration irréfutable, il nous semble que cette notion de vulnérabilité, discutée par la

⁶⁷ Cette précision est d'ailleurs apportée par la Cour d'appel de l'Ontario, reprenant les conclusions de la Cour de première instance: «As the Divisional Court observed, we are not concerned here with the validity of legislation that impinges upon the rights of a linguistic minority» (*Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, préc., note 2, par. 123). Toutefois, et comme nous l'avons vu, cette distinction n'impacte en rien l'application des principes discutés, du moins quant à leur valeur interprétative.

Cour suprême dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*⁶⁸, se trouve au cœur de la décision de la Cour d'appel ontarienne tout en étant, pour des raisons évidentes, absente de celle rendue par la Cour d'appel québécoise.

Malgré cette dissonance manifeste entre les interprétations des deux cours d'appel, la Cour suprême refuse la demande d'autorisation d'en appeler de l'arrêt *Baie d'Urfé*. Ceci, par la force des choses, a pour conséquence de reporter aux calendes grecques l'appréciation des paradigmes précédemment discutés.

V. L'arrêt *Charlebois*

Un an après l'arrêt *Lalonde*, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick est, à son tour, appelée à statuer sur l'impact des principes constitutionnels sous-jacents en matière linguistique⁶⁹. L'affaire portait sur la constitutionnalité d'un arrêté municipal adopté en anglais seulement par la Ville de Moncton. La Cour devait déterminer si le paragraphe 18(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷⁰ imposait aux municipalités de la province l'obligation d'édicter lesdits arrêtés dans les deux langues officielles⁷¹. Or, le texte anglais ne traite explicitement que de lois, archives, compte-rendus et procès-verbaux adoptés par la législature, tandis que la version française fait référence à d'« autres documents », sans les définir. Répondant par la positive à la question soulevée, la Cour néo-brunswickoise interprète de

⁶⁸ Selon la Cour suprême, dans le *Renvoi sur la sécession*: « Premièrement, une constitution peut fournir une protection supplémentaire à des droits et libertés fondamentaux qui, sans elle, ne seraient pas hors d'atteinte de l'action gouvernementale. Malgré la déférence dont font généralement preuve les gouvernements démocratiques envers ces droits, il survient des occasions où la majorité peut être tentée de passer outre à des droits fondamentaux en vue d'accomplir plus efficacement et plus facilement certains objectifs collectifs. La constitutionnalisation de ces droits sert à garantir le respect et la protection qui leur sont dus. Deuxièmement, une constitution peut chercher à garantir que des groupes minoritaires vulnérables bénéficient des institutions et des droits nécessaires pour préserver et promouvoir leur identité propre face aux tendances assimilatrices de la majorité. » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 1, par. 74).

⁶⁹ *Charlebois c. Mowat et ville de Moncton*, préc., note 13.

⁷⁰ Le paragraphe 18(2) de la *Charte* se lit comme suit: « Les lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux de la Législature du Nouveau-Brunswick sont imprimés et publiés en français et en anglais, les deux versions des lois ayant également force de loi et celles des autres documents ayant même valeur. » (*Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 14, art. 18(2)).

⁷¹ *Charlebois c. Mowat et ville de Moncton*, préc., note 13, par. 95.

manière libérale la disposition constitutionnelle en cause, mais nuance néanmoins la position de son homologue ontarienne sur la portée du principe sous-jacent de protection des minorités :

Selon ma compréhension de l'effet des déclarations de la Cour suprême relatives à l'utilisation de ces principes, j'estime que l'argument selon lequel ce principe non écrit et sous-jacent peut également servir de fondement, indépendamment de tout texte constitutionnel, à une demande de contrôle judiciaire afin de faire invalider l'action gouvernementale est peu convaincant. Je crois que la « force normative puissante » dont parle la Cour suprême vise l'interprétation des textes constitutionnels et non la création de droits en dehors des textes constitutionnels.⁷²

Nonobstant cette nuance importante, la Cour d'appel confirme néanmoins l'utilité du principe sous-jacent à des fins interprétatives, celui-ci devant favoriser « le processus permanent d'évolution de la Constitution »⁷³. Cet usage des principes, cela dit, fait déjà largement consensus dans la doctrine et la jurisprudence⁷⁴. Précisions d'ailleurs que l'arrêt néo-brunswickois se distingue de ses prédécesseurs à au moins trois niveaux : d'abord, il s'agissait d'interpréter une disposition constitutionnelle, soit l'article 18(2), ceci provoquant la référence naturelle aux principes sous-jacents, tel que proposé quelques années auparavant par le *Renvoi sur la sécession*. Ensuite, l'article 16(3) est d'office exclu de l'analyse de la Cour, celui-ci étant d'ordinaire évoqué lors d'étude de lois ordinaires ou d'une quelconque action gouvernementale, et non lors d'évaluation d'autres dispositions constitutionnelles. Enfin, et compte tenu du premier point, la discussion de la Cour sur la force normative des principes non écrits relève pratiquement de l'*obiter*, le caractère impératif du contenu de l'article 18(2) ne faisant nul doute, et ce, indépendamment de l'influence, le cas échéant, de quelconque principe constitutionnel sous-jacent. En bref, même si l'on peut *a priori* penser que la décision néo-brunswickoise

⁷² *Id.*, par. 56, 58 et 59. Précisions que la Cour réfère ici, partiellement, aux principes de l'arrêt *Succession Eurig (Re)*, préc., note 13.

⁷³ *Id.*, par. 55.

⁷⁴ Selon Doucet : « [...] l'utilisation qu'elle [la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick] fait du principe de la protection des minorités est conforme au rôle traditionnel de ces principes, à savoir qu'ils servent à interpréter le texte écrit de la constitution. » Michel DOUCET, « La Cour suprême du Canada et le principe de la progression vers l'égalité des droits linguistiques : un dialogue inachevé? », dans Nicolas C.G. LAMBERT (dir.), *À l'avant-garde de la dualité. Mélanges en l'honneur de Michel Bastarache*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011. Voir aussi P. FOUCHER, préc., note 16, p. 1037.

privilégie les enseignements de la Cour d'appel du Québec et non ceux de la Cour d'appel de l'Ontario, trop de distinctions entrent en ligne de compte pour soutenir ce postulat. Difficile, en somme, d'utiliser l'arrêt *Charlebois* à titre de point de référence. Précision enfin qu'aucune demande d'en appeler de cette décision n'a d'ailleurs été présentée en Cour suprême.

*
* * *

In fine, un flou artistique caractérise aujourd'hui l'état du droit applicable en matière de droits linguistiques. Ce flou ayant, depuis *Baie d'Urfé*, *Lalonde* et *Charlebois*, vraisemblablement freiné les ardeurs pourtant prometteuses des nouveaux paradigmes discutés, les communautés linguistiques minoritaires font et continueront de faire, dans un avenir prévisible, les frais de ce brouillard normatif et interprétatif⁷⁵.

⁷⁵ Ceci, cela dit, ne réduisant en rien l'importance de l'évolution des droits de la minorité francophone hors Québec depuis 1982: *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *R. c. Beaulac*, préc., note 19; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3; *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, [2015] 2 R.C.S. 13.

