

## L'AFFAIRE CARON : LA COUR SUPRÊME À LA RECHERCHE DU COMPROMIS PERDU!

André Braën\*

### INTRODUCTION

Généralement et sauf dans le domaine des droits judiciaires, la Cour suprême du Canada a interprété de manière libérale et généreuse les droits ou les garanties linguistiques inscrits dans la constitution ou dans un texte de loi. L'analyse contextuelle adoptée par la cour<sup>1</sup> a permis, en se fondant sur le principe de l'égalité des langues officielles et sur celui du maintien et du développement des minorités de langue officielle, d'identifier un contenu favorable aux membres de ces minorités. Même s'ils n'en sont pas, la Cour suprême a assimilé les droits linguistiques constitutionnels à des droits fondamentaux et a jugé qu'outre leur caractère réparateur, ces droits constituent un minimum auquel le législateur peut certes ajouter mais non retrancher<sup>2</sup>. Si cette approche généreuse a prévalu à l'égard des dispositions traitant de bilinguisme parlementaire et législatif ainsi que des droits scolaires et de la prestation de services gouvernementaux aux minorités de langue officielle, le même tribunal a aussi jugé en 1986 que, dans le domaine des droits judiciaires, les garanties linguistiques devaient plutôt faire l'objet d'une interprétation restrictive puisqu'elles étaient le résultat d'un compromis politique et qu'elles devaient être distinguées des autres garanties juridiques<sup>3</sup>. Il n'appartient

---

\* Professeur titulaire à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa. Il convient de noter que le présent texte sera publié en format papier dans un livre hommage au professeur José Woehrling aux éditions Thémis en 2017.

<sup>1</sup> Dans *DesRochers c Canada (Industrie)*, 2009 CSC 8, [2009] 1 RCS 194, la cour rappelle de la manière suivante les principes qui doivent régir l'interprétation des droits linguistiques :

Les tribunaux sont tenus d'interpréter ces droits de façon libérale et téléologique. À cette fin, les dispositions pertinentes doivent être interprétées d'une façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langues officielles au Canada [...].

D'ailleurs, la Cour a plusieurs fois réaffirmé que le concept de l'égalité en matière de droits linguistiques doit recevoir son sens véritable [...] (juge Charron à la p 207).

<sup>2</sup> Voir Michel DOUCET, Michel BASTATARACHE et Martin RIOUX, « Les droits linguistiques : fondements et interprétation » dans Michel BASTARACHE et Michel DOUCET, dir, *Les droits linguistiques au Canada*, 3<sup>e</sup> éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013 aux pp 1-88 [*Les droits linguistiques au Canada*].

<sup>3</sup> Ainsi, le droit d'utiliser le français ou l'anglais devant un tribunal s'entend du droit du rédacteur d'une pièce de procédure, plaidoirie ou d'un jugement, et non de son destinataire,

pas aux tribunaux d'ajouter à ce compromis ou de le modifier. L'égalité des deux langues officielles n'est plus une préoccupation judiciaire. À ce niveau, tout est question de progression et la logique du compromis politique veut donc qu'il revienne au législateur compétent<sup>4</sup> d'intervenir pour conférer des droits linguistiques additionnels s'il y a lieu<sup>5</sup>. Longtemps, cette ambivalence caractérisa les interventions des tribunaux canadiens dans le domaine linguistique et on pensa bien que la cour y avait mis un terme dans l'arrêt *R. c. Beaulac*<sup>6</sup>. La majorité des membres de la Cour suprême<sup>7</sup> jugeaient alors qu'une interprétation généreuse et libérale est de mise *dans tous les cas* lorsqu'un tribunal est saisi d'une question de droits linguistiques.

Mais l'ambivalence subsista, du moins dans les dossiers linguistiques n'impliquant pas des droits scolaires constitutionnels<sup>8</sup>. Ainsi, c'est une interprétation restrictive

---

d'utiliser la langue de son choix et il ne confère pas le droit à celui qui utilise la langue de son choix d'être compris directement par un juge qui comprend la langue utilisée. Si le droit d'être entendu existe, c'est plutôt en vertu du principe de « procès équitable » tel qu'élaboré par la common law. Voir *MacDonald c Ville de Montréal*, [1986] 1 RCS 460, 27 DLR (4<sup>e</sup>) 321 [*MacDonald*] et *Société des Acadiens c Association of Parents*, [1986] 1 RCS 549, 27 DLR (4<sup>e</sup>) 406 [*Société des Acadiens*]. On pourra lire aussi Mark POWER et Marc-André ROY, « De la possibilité d'être compris directement par les tribunaux canadiens, à l'oral comme à l'écrit, sans l'entremise de services d'interprétation ou de traduction » (2015) 45 RGD 403-441. À toutes fins pratiques, ce genre d'interprétation annihile les droits conférés : à quoi peut servir le droit d'utiliser une langue si rien ne garantit que l'on sera compris?

<sup>4</sup> En tant que telle, la langue n'est pas un sujet de compétence législative énuméré dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et qui est attribué de façon exclusive à un ordre de gouvernement. C'est plutôt un sujet de concurrence législative et chaque législateur, fédéral et provincial, peut adopter des lois relatives à des sujets qui relèvent de sa compétence et en régler les aspects linguistiques qui y sont reliés en autant toutefois de ne pas porter atteinte aux garanties linguistiques inscrites dans la Constitution. Voir *Jones c P.G. Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 RCS 182, 7 RNB (2<sup>e</sup>) 526 et *R c Beaulac*, [1999] 1 RCS 768, 173 DLR (4<sup>e</sup>) 193.

<sup>5</sup> D'autant plus qu'il s'agit d'attribuer des droits qui sont de nature litigieuse dans la mesure où ils ne recueillent pas l'assentiment populaire. Voir par exemple ce qu'en dit le juge Slatter dans *R c Caron*, 2014 ABCA 71, 92 Alta LR (5<sup>e</sup>) 306 au para 91 : « Les droits linguistiques s'inscrivent parmi les concepts historiques et politiques fondamentaux qui définissent le Canada. Par ailleurs, comme pourrait en témoigner quiconque vit au Canada depuis les 40 dernières années, les droits linguistiques sont également susceptibles de susciter la controverse et de semer la discorde. En ce qui touche les droits linguistiques, la stabilité et la prévisibilité sont particulièrement importantes ».

<sup>6</sup> *Supra* note 4.

<sup>7</sup> Deux juges dissidents, même s'ils partageaient la même interprétation à donner à la disposition linguistique en cause, à savoir l'article 530 du *Code criminel* qui confère à un accusé le droit à un procès criminel dans la langue officielle de son choix, ont jugé qu'il n'était pas opportun de réexaminer l'interprétation constitutionnelle des droits linguistiques et de revoir la position de la cour dans les arrêts *MacDonald* et *Société des Acadiens*, *supra* note 3.

<sup>8</sup> Voir *Association des parents de l'école Rose-des-vents c Colombie-Britannique (Éducation)*, [2015] 2 RCS 139, 69 BCLR (5<sup>e</sup>) 1. En particulier, s'il s'agit de l'accès à l'école anglaise du

qui caractérisa l'approche de la Cour suprême dans l'arrêt *Charlebois*<sup>9</sup>, et récemment dans les arrêts *Conseil scolaire francophone de Colombie-Britannique*<sup>10</sup> et *Thibodeau*<sup>11</sup>. Appelée à la retenue judiciaire, la cour constate, sans le déplorer, l'inaction du législateur à qui il revient selon elle de faire progresser le statut de la langue française au Canada. Et si le législateur est intervenu, il convient alors, toujours selon la cour, de s'en remettre à une interprétation littérale des textes et sans besoin de recourir aux valeurs constitutionnelles dont celles de la dualité linguistique à moins d'imprécision notable<sup>12</sup>. La récente décision de la Cour suprême dans *Caron c. Alberta*<sup>13</sup> cristallise-t-elle cette approche? Cette affaire est particulièrement importante en ce qui concerne le statut juridique actuel et futur du français dans l'Ouest canadien. Elle nous permet également de vérifier si la retenue doit dorénavant caractériser l'approche de la cour dans le domaine linguistique. Nous proposons donc une analyse critique de cette décision afin d'en comprendre les impacts éventuels. Mais dans un premier temps, un rappel de la chronologie pertinente ainsi que de l'arrêt *R. c. Mercure*<sup>14</sup> s'impose en vue d'une meilleure compréhension de la décision *Caron*.

## I - RAPPEL

### A - La chronologie<sup>15</sup>

L'Acte de l'Amérique du Nord Britannique de 1867 (*Loi constitutionnelle de 1867*) établit la fédération canadienne et son article 133 introduit le bilinguisme

---

Québec, l'approche de la Cour suprême du Canada semble ne faire preuve d'aucune retenue et encadre étroitement la compétence de l'Assemblée nationale. Voir *Solski (Tuteur de) c Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 RCS 201 et *Nguyen c Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2009 CSC 47, [2009] 3 RCS 208 ainsi que les commentaires de André BRAËN « La Cour suprême du Canada et les droits linguistiques : une certaine fatigue » dans Pierre TAILLON et Eugénie BROUILLET, dir, *Un regard québécois sur le droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2015, 453.

<sup>9</sup> *Charlebois c Saint John (Ville)*, 2005 CSC 74, [2005] 3 RCS 563.

<sup>10</sup> *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c Colombie-Britannique*, 2013 CSC 42, [2013] 2 RCS 774.

<sup>11</sup> *Thibodeau c Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 RCS 340.

<sup>12</sup> Voir nos commentaires, *supra* note 8.

<sup>13</sup> 2015 CSC 56, [2015] 3 RCS 511 [*Caron*].

<sup>14</sup> [1988] 1 RCS 234, 48 DLR (4<sup>e</sup>) 1.

<sup>15</sup> Une preuve historique a longuement été débattue au niveau de toutes les instances de l'affaire *Caron*. La décision de la Cour suprême elle-même laisse une grande place à l'analyse historique tant de la part de la majorité que des juges dissidents. Voir *Caron*, *supra* note 13.

parlementaire et législatif<sup>16</sup> au sein du Parlement canadien et de la Législature du Québec et rend le bilinguisme judiciaire<sup>17</sup> applicable devant les tribunaux établis par l'un ou l'autre. L'article 146 prévoit quant à lui l'admission éventuelle de la Terre de Rupert ainsi que du Territoire du Nord-Ouest dans l'union canadienne<sup>18</sup>. En décembre de la même année, le Parlement canadien présente à la Reine une première adresse (l'*Adresse de 1867*) requérant du Parlement impérial qu'il unisse ces territoires au Canada nouvellement formé et lui accorde le pouvoir de légiférer à leur égard. Il promet qu'en cas de transfert, « les droits acquis de toute Corporation, Compagnie ou Individu de ces régions »<sup>19</sup> seront respectés. Ces territoires étaient à ce moment gouvernés et administrés par la Compagnie de la Baie d'Hudson qui y exploitait un monopole des fourrures en vertu d'une charte royale. La demande est refusée et on invite plutôt les autorités canadiennes à entamer des discussions avec les populations des territoires concernés qui semblent résister à cette initiative ainsi qu'avec la Compagnie de la Baie d'Hudson. Après une entente avec la compagnie, une seconde adresse au monarque est adoptée par le Parlement canadien en mai 1869 (l'*Adresse de 1869*)<sup>20</sup> demandant l'autorisation

<sup>16</sup> Par bilinguisme parlementaire et législatif, l'article 133 s'entend du droit d'utiliser le français ou l'anglais dans les débats des chambres du Parlement canadien ou de la Législature du Québec et il s'entend aussi de l'obligation de procéder à la rédaction des archives, procès-verbaux et des journaux de celles-ci dans les deux langues. Il prévoit spécifiquement l'impression et la publication bilingue des lois adoptées par les deux législateurs. Les dispositions de cet article seront l'objet d'une interprétation libérale et très généreuse de la part de la Cour suprême du Canada. Voir Michel DOUCET, « Le bilinguisme législatif » dans *Les droits linguistiques au Canada*, *supra* note 2, 179 [DOUCET, « Le bilinguisme législatif »].

<sup>17</sup> Par bilinguisme judiciaire, on entend l'utilisation du français ou de l'anglais devant ces tribunaux ainsi que dans toutes plaidoiries ou pièce de procédure émanant desdits tribunaux. On sait que ces dispositions ont été l'objet d'une interprétation restrictive, *supra* note 3. Voir Vanessa GRUBEN, « Le bilinguisme judiciaire » dans *Les droits linguistiques au Canada*, *supra* note 2, 301.

<sup>18</sup> L'article se lit comme suit :

Il sera loisible à la Reine, de l'avis du très-honorable Conseil Privé de Sa Majesté, sur la présentation d'adresses de la part des chambres du Parlement du Canada, et des chambres des législatures respectives des colonies ou provinces de Terre-neuve, de l'Île-du-Prince-Édouard et de la Colombie-Britannique, d'admettre ces colonies ou provinces, ou aucune d'elles dans l'union, et, sur la présentation d'adresses de la part des chambres du parlement du Canada, d'admettre la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest, ou l'une ou l'autre de ces possessions, dans l'union, aux termes et conditions, dans chaque cas, qui seront exprimés dans les adresses et que la Reine jugera convenable d'approuver, conformément à la présente; les dispositions de tous ordres en conseil rendus à cet égard, auront le même effet que si elles avaient été décrétées par le parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande.

<sup>19</sup> Caron, *supra* note 13 au para 14. En anglais, l'expression « droits acquis » ou « droits légaux » est traduite par « legal rights ».

<sup>20</sup> *Ibid* au para 17.

d'annexer les territoires aux conditions approuvées par la compagnie. Le Parlement autorise le gouverneur en conseil à régler les détails de l'annexion.

Mais le projet est mal reçu par les populations métis et autochtones et un groupe de Métis dirigés par Louis Riel s'insurgent et forment un gouvernement provisoire. Dans les négociations avec les autorités canadiennes, les représentants métis mettent de l'avant plusieurs revendications exprimées sous forme de « Listes des droits », d'abord en décembre 1869, puis en février et mars 1870. Une revendication énonce que « l'usage des langues anglaise et française sera facultatif dans la législature et les cours de justice, et tous les documents publics et les actes de la législature seront publiés dans les deux langues »<sup>21</sup>, ce qui correspondait à ce moment à l'usage en cours dans les territoires. On veut également que les deux territoires entrent dans le Canada à titre de province (de l'Assiniboine).

Pour apaiser les tensions, le gouverneur général, sir John Young, signe le 6 décembre 1869 une proclamation royale rédigée tant en français qu'en anglais afin de rassurer la population et énonçant « que sous l'union avec le Canada, tous vos droits et privilèges civils et religieux seront respectés, vos propriétés vous seront garanties, et que votre pays sera gouverné, comme par le passé, d'après les lois anglaises et dans l'esprit de la justice britannique »<sup>22</sup>. Une délégation de représentants des territoires entamera alors des négociations avec les autorités canadiennes et une entente sera convenue pour créer à partir d'une (petite) portion des territoires la nouvelle province du Manitoba<sup>23</sup>. Le reste des territoires sera annexé au Canada à titre de territoires relevant du Parlement canadien. Toujours en 1869, le Parlement adopte une loi sur l'administration des nouveaux territoires<sup>24</sup>. Puis le Parlement canadien adopte la *Loi de 1870 sur le Manitoba*<sup>25</sup> qui sera sanctionnée le 12 mai de cette année et dont l'article 23 reprend la formulation de l'article 133 de *Loi constitutionnelle de 1867* en rendant applicables au Manitoba le bilinguisme parlementaire et législatif de même que le bilinguisme judiciaire

---

<sup>21</sup> *Ibid* au para 21.

<sup>22</sup> Pour une analyse de la nature juridique de la *Proclamation de 1869* et du contexte de son adoption, voir François LAROCQUE, « La proclamation du 6 décembre 1869 » (2010) 33:2 *Manitoba LJ* 298-326 et Pierre FOUCHER, « Le statut constitutionnel de la Proclamation royale de 1869 » dans Sophie BOUFFARD et Peter DORRINGTON, dir, *Le statut du français dans l'Ouest canadien : la cause Caron*, Montréal, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014, 177.

<sup>23</sup> Pour visualiser les frontières de ces territoires, voir l'*Atlas historique du Canada*, t II, « La transformation du territoire : 1800-1891 », éd. française par Jean-Claude ROBERT, dir, Montréal, P.U.M., 1993.

<sup>24</sup> *Acte concernant le gouvernement provisoire de la Terre de Rupert*, SC 1869, c 3. Cette loi ne sera jamais appliquée puisque l'administration des nouveaux territoires sera confiée à la nouvelle province du Manitoba jusqu'en 1875.

<sup>25</sup> *Loi de 1870 sur le Manitoba*, SC 1870, c 3 (reproduite dans LRC 1985, app II, n° 8).

devant ses tribunaux. En juin 1870, le gouvernement impérial adopte le *Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest*<sup>26</sup> lequel ordonne l'admission des deux territoires au sein du Canada selon les termes et conditions énoncés dans les *Adresses de 1867 et 1869*. Les deux documents sont annexés au *Décret de 1870* lequel est inscrit avec ses annexes à l'annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>27</sup>.

Incertaines de pouvoir ainsi créer une nouvelle province, les autorités canadiennes demandent au Parlement impérial de ratifier cette législation, ce qu'il fera avec l'adoption de la *Loi de 1871 sur l'Amérique du Nord Britannique* (maintenant la *Loi constitutionnelle de 1871*)<sup>28</sup>. En 1875, le Parlement canadien adopte l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*<sup>29</sup> lequel est modifié en 1877<sup>30</sup> afin d'y insérer des dispositions semblables aux articles 133 et 23 rendant applicables aux institutions des territoires fédéraux les modalités relatives au bilinguisme législatif et judiciaire. En 1905, deux nouvelles provinces sont créées à même les territoires lorsque le Parlement canadien adopte la *Loi sur l'Alberta*<sup>31</sup> et *Loi sur la Saskatchewan*<sup>32</sup>. Les deux lois prévoient le maintien dans les nouvelles provinces du droit en vigueur dans les territoires jusqu'à leur modification ou abrogation par la législature

<sup>26</sup> (1870) RU, reproduite dans LRC 1985, app II, n° 9.

<sup>27</sup> Voir l'alinéa 52(2)b).

<sup>28</sup> *Loi de 1871 sur l'Amérique du Nord Britannique*, 34-35 Vict, c 28 (RU) (maintenant la *Loi constitutionnelle de 1871*) et reproduite dans LRC 1985, app II, n° 8. Ce texte confirme le pouvoir du Parlement canadien de créer ainsi de nouvelles provinces.

<sup>29</sup> SC 1875, c 49.

<sup>30</sup> *Acte des Territoires du Nord-Ouest*, SC 1877, c 7, art 11 qui se lit comme suit :

Toute personne pourra faire usage soit de la langue anglaise, soit de la langue française, dans les débats du dit conseil et dans les procédures devant les cours, et ces deux langues seront usitées pour la rédaction des pièces d'archives et des journaux du dit conseil; et les ordonnances du dit conseil seront imprimées dans ces deux langues ».

Cette disposition deviendra l'article 110 des SRC 1886, c 50. Il sera abrogé et remplacé par l'article 18 des lois de 1891, 54-55 Vict, c 22 pour se lire comme suit :

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

<sup>31</sup> SC 1905, c 3.

<sup>32</sup> SC 1905, c 42.

compétente<sup>33</sup>. À la suite de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Mercur*<sup>34</sup> qui décrète invalide leur législation adoptée en anglais seulement depuis leur création, l'Alberta et la Saskatchewan adoptent une législation linguistique afin de valider rétroactivement cette pratique et pour permettre, mais non imposer, l'usage du français<sup>35</sup>.

## B - L'arrêt *Mercur*

Dans l'arrêt *R. c. Mercur*<sup>36</sup> rendu en 1988, la Cour suprême avait été appelée à vérifier s'il existait au plan constitutionnel une obligation pour la Saskatchewan d'imprimer et de publier ses lois en français et en anglais et garantissant le bilinguisme judiciaire. Le père Mercur fut en effet poursuivi pour avoir enfreint le code de sécurité routière et il réclama un procès en français ou du moins le droit d'utiliser le français devant le tribunal. Il plaida l'invalidité de la législation invoquée<sup>37</sup> au motif qu'elle n'avait pas été adoptée en français. Au moment de sa création en 1905, la Saskatchewan faisait partie des Territoires du Nord-Ouest. L'article 110 de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*<sup>38</sup> y imposait le bilinguisme législatif et judiciaire et au moment de la création de la province, la loi constitutive<sup>39</sup> y maintenait le droit en vigueur dans les territoires jusqu'à ce qu'il soit modifié ou abrogé par le législateur compétent. Or, ces dispositions n'avaient jamais été modifiées ou abrogées par la Législature même si, par ailleurs et depuis sa création, les lois avaient été adoptées et publiées en anglais seulement.

La cour s'est livrée à une analyse historique, beaucoup plus succincte que celle qui sera examinée plus tard dans l'arrêt *Caron*, afin de vérifier si l'obligation au bilinguisme législatif était toujours applicable et si elle avait été enchâssée dans la constitution du Canada. Au nom de la majorité<sup>40</sup>, le juge Laforest a noté que le bilinguisme a constitué un enjeu important à l'époque de la création du Manitoba et qu'il avait conduit à des affrontements. Il a aussi noté que les premiers textes législatifs concernant les territoires du Nord-Ouest adoptés en 1875 ne contenaient aucune disposition sur le bilinguisme contrairement à l'article 23 de la *Loi de 1870*

<sup>33</sup> Voir l'article 16 des deux textes de loi.

<sup>34</sup> *R c Mercur*, [1988] 1 RCS 234, 48 DLR (4<sup>e</sup>) 1 [*Mercur*] et aussi *R c Paquette*, [1990] 2 RCS 1103, 73 DLR (4<sup>e</sup>) 575.

<sup>35</sup> *Loi linguistique*, RSA 2000, c L-6 et *Loi linguistique*, LS 1988-89, c L-6.1. Voir, ci-dessous, à la p 102.

<sup>36</sup> *Supra* note 34.

<sup>37</sup> Il s'agissait du *Vehicles Act*, RSS 1978, c V-3 et du *Summary Offences Procedure Act*, RSS 1978, c S-63.

<sup>38</sup> *Supra* note 30.

<sup>39</sup> *Loi sur la Saskatchewan*, *supra* note 32, art 16.

<sup>40</sup> Les juges Dickson, Beetz, Lamer, Wilson et LeDain ont souscrit à l'opinion du juge La Forest.

sur le Manitoba. Ce ne sera qu'en 1877 que la législation territoriale sera modifiée pour y inclure l'article 110<sup>41</sup>. Pour le juge Laforest, cette modification n'est pas liée à l'article 23. Selon lui, on croyait à l'époque qu'il valait mieux laisser aux autorités locales le soin de décider des questions linguistiques. Mais le juge constate, sans l'expliquer, que le Parlement a quand même légiféré sur la question en adoptant l'article 110 et qu'il a refusé par la suite de l'abroger. Le juge Laforest n'est pas certain que l'article 110 soit une réponse aux revendications de la population et il est d'avis que cet article ne résulte pas du même compromis que celui à la base de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Même si on cessa pratiquement d'utiliser le français dans les territoires à partir de 1892, l'usage ne peut effacer la loi. En 1905, le bilinguisme législatif et judiciaire était toujours reconnu législativement et c'est ce droit qui a été maintenu. Selon le juge Laforest, même si l'histoire reste utile, l'interprétation de la loi doit se faire dans le contexte présent et en fonction des termes utilisés par législateur. La Législature de la Saskatchewan possède le pouvoir de modifier ou d'abroger les dispositions linguistiques applicables mais elle ne l'a pas fait et l'article 110 est donc toujours en vigueur. Ces dispositions ne font pas partie de la constitution du Canada mais plutôt de la constitution de la province. À l'époque, le Parlement canadien savait en effet comment enchâsser les droits linguistiques dans la constitution d'une nouvelle province pour les protéger d'une intervention de la Législature comme il l'avait fait pour le Manitoba. Mais ce ne fut pas le cas et la Saskatchewan doit aujourd'hui adopter une loi bilingue afin de modifier ou d'abroger l'article 110 et de déclarer rétroactivement valides toutes les lois unilingues anglaises adoptées depuis 1905 ou les traduire... Pour les juges dissidents<sup>42</sup>, l'équilibre démographique des territoires a changé radicalement à la fin du vingtième siècle et ce changement est à l'origine des caractéristiques linguistiques qui existent toujours. Un texte législatif destiné à avoir un effet constitutionnel doit clairement exprimer cette intention et ce n'est pas le cas. Le Parlement canadien s'est abstenu de créer des droits linguistiques et l'article 110 n'a pas été en conséquence incorporé dans le droit de la nouvelle province. Et à supposer qu'il l'ait été, il a cessé d'exister instantanément quand les institutions territoriales ont été remplacées par celles de la nouvelle province<sup>43</sup>.

L'arrêt *Mercury* traitait du statut du français en Saskatchewan mais compte tenu des textes législatifs applicables, ses conclusions s'appliquent également au cas de l'Alberta, ce qui sera confirmé formellement dans l'arrêt *R. c. Paquette*<sup>44</sup>. La Saskatchewan et l'Alberta ont donc légiféré pour valider leur législation adoptée

<sup>41</sup> *Supra* note 30.

<sup>42</sup> Il s'agit du juge Estey à l'opinion duquel a souscrit le juge McIntyre.

<sup>43</sup> *Mercury*, *supra* note 34 aux pp 257-71.

<sup>44</sup> *Supra* note 34.



uniquement en anglais depuis 1905. Ainsi la *Loi linguistique*<sup>45</sup> adoptée par la Saskatchewan valide les lois et règlements adoptés en anglais uniquement (art.2) et prévoit que les lois et règlements pourront dorénavant être imprimés et publiés en anglais seulement ou en français et en anglais (art.3). Le gouvernement peut par règlement désigner les lois et les projets de loi qui pourront être adoptés en français et en anglais (art.6)<sup>46</sup>. Il en est de même en ce qui concerne les règlements existants ou à édicter (art.8-9). Le français peut être utilisé devant certains tribunaux<sup>47</sup> et ces derniers peuvent établir des règles à cet effet (art.11). L'anglais et le français peuvent être utilisés dans les travaux de l'Assemblée législative mais les archives, procès-verbaux et journaux décrétés uniquement en anglais dans le passé sont déclarés valides; ces derniers pourront être dans l'avenir rédigés en anglais seulement sauf résolution contraire permettant l'utilisation du français et de l'anglais (art.12). Enfin, la loi déclare non applicable l'article 110 en Saskatchewan (art.13). Quant à la *Loi linguistique*<sup>48</sup> adoptée par l'Alberta, elle valide rétroactivement les lois et règlements adoptés en anglais seulement (art.2) et elle précise que les lois peuvent être imprimées et publiées en anglais (art.3). Le français peut être utilisé devant certains tribunaux<sup>49</sup> et le gouvernement peut adopter un règlement à cette fin (art.4)<sup>50</sup>. Le français et l'anglais peuvent être utilisés à l'Assemblée législative et ses règlements, procès-verbaux et journaux adoptés uniquement en anglais sont déclarés être valides ; il est permis d'établir, imprimer et publier ces derniers en français et en anglais si l'Assemblée le désire (art.5). Enfin, la loi déclare non applicable l'article 110 en Alberta (art.7).

En résumé et au plan du bilinguisme législatif, la législation adoptée par les deux provinces n'impose plus l'emploi obligatoire du français lequel devient facultatif et soumis à la discrétion des autorités. Même si la législation de la Saskatchewan semble un peu plus généreuse envers le français, à toutes fins pratiques celui-ci est aujourd'hui rarement utilisé dans les deux provinces. Il faut donc souligner que l'intervention législative de ces provinces en 1988 a eu pour objet non seulement de valider l'unilinguisme, c'est le choix qui a été fait à ce moment, mais aussi de diminuer substantiellement les droits conférés auparavant à la minorité francophone. Il est ironique de constater que le chemin pour y parvenir au plan juridique leur fut tracé par la Cour suprême du Canada elle-même.

<sup>45</sup> SS 1988-89, c L-6.1.

<sup>46</sup> À notre connaissance, aucun règlement n'a été adopté à ce jour.

<sup>47</sup> Il s'agit de la Cour provinciale, de la Cour du banc de la reine, de la Cour d'appel et du tribunal de la sécurité routière de la Saskatchewan.

<sup>48</sup> SA 1988, c L-7.5 maintenant RSA 2000, c L-6.

<sup>49</sup> Il s'agit de la Cour provinciale, de la Cour du banc de la reine et de la Cour d'appel de l'Alberta.

<sup>50</sup> Un règlement a été adopté en 2013. Voir le *Languages in the Courts Regulations*, Alta Reg 1581/2013. L'utilisation du français requiert un avis.

## II - L'ARRÊT CARON c. ALBERTA

### A - Analyse

L'affaire Caron met aussi aux prises deux personnes poursuivies pour infractions à la législation sur la sécurité routière de l'Alberta imprimée et publiée en anglais exclusivement<sup>51</sup>. Ils plaident l'invalidité de la législation unilingue et l'existence d'une obligation constitutionnelle au bilinguisme législatif imputable à l'Alberta et donc, l'inconstitutionnalité de la *Loi linguistique*<sup>52</sup> adoptée en 1988. En effet, la promesse de protéger les « droits civils » contenue dans la *proclamation de 1869* et surtout celle de respecter les « droits acquis » (ou « droits légaux ») énoncée dans l'*Adresse de 1867* qui est annexée au *Décret de 1870*, lequel est un texte constitutionnel<sup>53</sup>, fondent au plan constitutionnel une obligation à la charge de l'Alberta d'imprimer et de publier ses lois en français et en anglais. Après une preuve historique très développée<sup>54</sup> et un long procès, ils sont acquittés par la Cour provinciale de l'Alberta<sup>55</sup>. Le juge constate que la pratique du bilinguisme existait dès 1845 dans les territoires. Dans la *proclamation royale de 1869*, il est énoncé que les droits civils et les privilèges de la population seront respectés et puisque, selon le *Décret de 1870*, le gouvernement canadien était autorisé à régler tous les détails pour sa mise en exécution, une valeur constitutionnelle se rattache à l'obligation au bilinguisme législatif.

La Cour du Banc de la Reine infirma cette décision<sup>56</sup> et jugea que ni la *proclamation royale de 1869* ni le *Décret de 1870* et les deux adresses qui y sont annexées n'ont eu pour effet de constitutionnaliser l'obligation au bilinguisme et autres droits linguistiques dans l'actuelle province de l'Alberta. La Cour d'appel<sup>57</sup> confirma cette décision. Même si une interprétation libérale est de mise et même si le principe constitutionnel de la protection des minorités doit être considéré, il reste que la réalité doit être tenue en compte et à cet égard, si le Parlement britannique et celui

<sup>51</sup> Il s'agit du *Traffic Safety Act*, RSA 2000, c T-6 et du *Use of Highway and Rules of the Road Regulation*, Alta Reg 304/2002.

<sup>52</sup> *Supra* note 45.

<sup>53</sup> En vertu de l'alinéa 52(2)b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et ses annexes.

<sup>54</sup> Des auteurs ont soulevé des doutes quant à l'exactitude de la trame historique qui fut retenue par le juge La Forest dans l'arrêt *Mercurie*, *supra* note 34, contrairement à la preuve qui fut présentée au procès de Gilles Caron et Pierre Boutet. Voir Mark C. POWER, François LAROCQUE et Darius BOSSÉ, « Constitutional Litigation, the Adversarial System and some of its Adverse Effects » (2012) 17 :2 *Review of Constitutional Studies/Revue d'études constitutionnelles* 1.

<sup>55</sup> 2008 ABPC 232, 95 Alta LR (4<sup>e</sup>) 307.

<sup>56</sup> 2009 ABQB 745, 23 Alta LR (5<sup>e</sup>) 321.

<sup>57</sup> 2014 ABCA 71, 92 Alta LR (5<sup>e</sup>) 306.

du Canada avaient clairement voulu protéger les droits linguistiques de la population des territoires, ils auraient fait comme dans le cas du Manitoba. Le *Décret de 1870* n'a-t-il pas été adopté à la même époque que l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*? Or, ils ne l'ont pas fait pour ce territoire qui est aujourd'hui l'Alberta. De plus, la pratique du bilinguisme dans les territoires n'avait pas dépassé les limites du district d'Assiniboia (le territoire original de la province du Manitoba). En tous les cas, les promesses au plan linguistique n'ont pas été enchâssées dans des textes constitutionnels. Dans des motifs concordants, le juge Slatter après avoir rappelé le caractère contentieux des droits linguistiques<sup>58</sup> fut d'avis que c'est l'arrêt *Mercurie* qui fait autorité. Aucun texte constitutionnel n'englobe une obligation au bilinguisme législatif imposée à l'Alberta qui, d'ailleurs, n'a jamais publié ses lois en français... Les promesses s'il y en a eu, n'ont pas été intégrées dans le *Décret de 1870*.

La décision de la Cour suprême du Canada n'est pas unanime. Deux questions constitutionnelles sont formulées et soulève (a) le caractère *ultra vires* de la *Loi linguistique* de l'Alberta compte tenu de l'existence d'une obligation constitutionnelle au bilinguisme législatif et (b) en cas de réponse affirmative, l'invalidité des lois et règlements imprimés et publiés en anglais seulement. La majorité<sup>59</sup> confirme la décision de la Cour d'appel de l'Alberta ainsi que son interprétation du contexte historique. On peut résumer son analyse de la façon suivante :

- Dans son introduction, la majorité rappelle tout de go que l'affaire *Caron* se situe au carrefour des droits linguistiques et des pouvoirs législatifs des provinces. Les prétentions des appelants à l'effet que le droit au bilinguisme législatif est constitutionnel doivent être rejetées parce que les expressions « droits acquis » ou « droits légaux » (« legal rights » en anglais) n'ont jamais été interprétées comme conférant des droits linguistiques. Ces derniers ont toujours fait l'objet de dispositions spécifiques. Compte tenu des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* (art.133) et de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* (art.23), il est inconcevable qu'on ait voulu protéger des droits linguistiques dans l'*Adresse de 1867* et le *Décret de 1870*. Tant le contexte historique, le texte utilisé et les objets des documents invoqués au soutien de la garantie au bilinguisme législatif s'opposent aux prétentions des appelants. On ne peut donc inférer l'existence d'une telle garantie qui l'emporterait sur la

---

<sup>58</sup> Voir *supra* note 5.

<sup>59</sup> Les juges Cromwell et Karakatsanis rendent l'opinion majoritaire à laquelle souscrivent les juges McLachlin, Rothstein, Moldaver et Gascon.

compétence de l'Alberta de légiférer sur la langue de sa législature. La *Loi linguistique est intra vires*<sup>60</sup>.

- Le dualisme et la protection des minorités sont des valeurs constitutionnelles importantes tout comme le fédéralisme et l'autonomie des provinces sont aussi des principes importants. La cour ne peut permettre que la poursuite des droits linguistiques empiète sur des matières de compétence clairement provinciale. Une interprétation large et téléologique et compatible avec le maintien et le développement des minorités de langue officielle est de mise mais ces principes ne peuvent avoir préséance sur un texte écrit de la constitution. Il faut examiner le sens ordinaire des mots utilisés dans les documents, le contexte historique et la philosophie ou objectifs à la base des garanties invoquées. Si le tribunal doit donner une interprétation généreuse des droits linguistiques, il ne doit pas en créer de nouveaux<sup>61</sup>.
- L'interprétation historique des appelants quant à l'existence d'une obligation au bilinguisme législatif doit donc être rejetée. La promesse de respecter des droits acquis contenue dans l'*Adresse de 1867* repose sur un compromis politique différent de celui du bilinguisme législatif. À l'époque, les représentants ont distingué entre des droits linguistiques et des droits acquis. Ils croyaient que les droits linguistiques à proprement parler avaient été conférés à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. La *proclamation de 1869* faisant état du respect des droits et privilèges civils ne vise pas le bilinguisme et constitue une promesse non exécutoire<sup>62</sup>.
- Toujours au plan historique, les représentants de la population croyaient que leurs droits linguistiques avaient été protégés par l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et les termes de l'*Adresse de 1867* ne visaient pas des droits linguistiques. Le bilinguisme s'est effectivement appliqué dans les territoires de 1870 à 1875 alors qu'ils étaient sous une administration combinée avec la nouvelle province mais cela ne signifie pas qu'il s'agissait de la mise en œuvre d'une obligation constitutionnelle. Les lois relatives aux territoires de 1875 et de 1877 confirment cette interprétation et aucun des représentants de la population ne croyait vraiment que le bilinguisme législatif avait été garanti pour les territoires hors Manitoba en 1870. S'il existe un compromis sur le

<sup>60</sup> Caron, *supra* note 13 aux para 1-7.

<sup>61</sup> *Ibid* aux para 35-38.

<sup>62</sup> *Ibid* au para 99. Voici ce que conclut simplement la majorité : « Comme nous l'avons vu, il ressort du dossier historique que le gouvernement provisoire a envoyé trois délégués à Ottawa afin de négocier les droits qu'il souhaitait voir protégés. À certains égards, ils ont réussi. La province du Manitoba a été créée ».

bilinguisme législatif, c'est celui qui a été consacré à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et non dans le *Décret de 1870*. Certaines revendications dont celle relative à l'admission de l'ensemble des territoires à titre de nouvelle province ont été rejetées et le compromis à cet égard fut d'accepter qu'une petite portion de ces territoires soit érigée comme province. Celles relatives au droit vote, à la représentation au Sénat, aux subventions ou encore au bilinguisme législatif ont été inscrites dans *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Mais la population vivant en dehors de cette nouvelle province ne s'est vu quant à elle reconnaître aucun de ces droits. Comment un document rédigé en 1867 (l'*Adresse de 1867*) peut-il matérialiser un compromis qui n'interviendra que trois années plus tard? On ne peut pas se contenter de recourir aux documents historiques faisant état de revendications et de souhaits et présumer qu'on y a accédé<sup>63</sup>.

- Si la cour donnait raison aux appelants, cela voudrait dire que sa décision dans l'arrêt *Mercury* est erronée et on ne peut permettre que la stabilité du droit constitutionnel soit remise en question. Dans cet arrêt, le juge Laforest alors qu'il traitait du cas de la Saskatchewan a conclu qu'il n'existait aucune garantie constitutionnelle au bilinguisme législatif et judiciaire. L'opinion de l'époque était à l'effet que les dispositions linguistiques ne devaient pas être enchâssées de sorte de laisser les législatures libres de légiférer à ce sujet<sup>64</sup>.
- Conclure à l'existence d'une obligation constitutionnelle au bilinguisme législatif aurait des conséquences importantes au plan pratique puisqu'il en découlerait que le bilinguisme aurait été constitutionnalisé non seulement à l'égard de l'Alberta mais aussi de toutes les terres appartenant avant l'annexion de 1870 à la Compagnie de la Baie d'Hudson à savoir les trois territoires d'aujourd'hui, puis la Saskatchewan, l'Ontario et le Québec<sup>65</sup>.

Les juges Wagner et Coté ont livré une opinion dissidente<sup>66</sup> également très documentée et que l'on peut résumer de la façon suivante :

- Dans leur introduction, les juges dissidents constatent que les négociations entre les divers représentants ont abouti en 1870 à un compromis historique qui a permis l'annexion des territoires. Ces négociations ont eu lieu au moment de la fondation du pays, de « sa constitution »<sup>67</sup>. L'entente à laquelle ont mené

---

<sup>63</sup> *Ibid* aux para 39-80.

<sup>64</sup> *Ibid* aux para 79-84.

<sup>65</sup> *Ibid* au para 102.

<sup>66</sup> À laquelle a également souscrit la juge Abella.

<sup>67</sup> *Caron, supra* note 13 au para 116.

ces négociations contenait une promesse de protéger le bilinguisme législatif et cette entente a été constitutionnalisée par l'adoption de l'*Adresse de 1867* et son inclusion dans le *Décret de 1870*. La *Loi linguistique* est donc *ultra vires* et la législation sur la sécurité routière imprimée et publiée exclusivement en anglais est inopérante.

- L'*Adresse de 1867* jointe au *Décret de 1870* contient une garantie de bilinguisme législatif et elle fait partie de la constitution du Canada en vertu de l'article 52(2)b de la *Loi constitutionnelle de 1982* et ses annexes. Cette *adresse* doit être interprétée à la lumière du contexte historique, philosophique et linguistique et aussi tenir compte de l'essence même d'une constitution qui est d'exprimer la volonté d'un peuple et finalement, ses dispositions constitutionnelles doivent être l'objet d'une interprétation large et téléologique<sup>68</sup>.
- Les juges distinguent l'affaire *Caron* de l'arrêt *Mercury*. Ce dernier traitait de l'application de l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest* et il n'a pas procédé à l'analyse du compromis contenu dans le *Décret de 1870*. Ce qui est mis en cause dans l'affaire *Caron* est la validité de la *Loi linguistique* adoptée par l'Alberta. L'arrêt *Mercury* n'empêche pas la cour de conclure à l'existence d'une obligation constitutionnelle de bilinguisme législatif imputable à l'Alberta<sup>69</sup>.
- Au plan historique, le bilinguisme existait avant l'annexion des territoires en 1870 et il constituait une pratique acquise. L'expansion de la fédération canadienne fut d'abord perçue négativement par les populations qui y habitaient. Ce sont les autorités britanniques et la résistance des populations qui ont imposé ce contexte de négociations. Les représentants ont réclamé le bilinguisme législatif comme condition d'entrée dans la fédération canadienne et l'*Adresse de 1867* contient cette garantie. Cela est confirmé par la *proclamation de 1869* et la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ne contredit pas cette interprétation. Le contexte démontre aussi que la population des territoires jouissait de droits linguistiques dans les sphères législative et judiciaire et qu'à l'époque, le Canada n'était pas disposé à annexer les territoires en cas de résistance populaire. Les autorités britanniques ont fait pression pour que le Canada négocie les conditions du transfert. Pour les juges dissidents, ce contexte est essentiel pour une interprétation juste de la promesse de protéger les « droits acquis » contenue dans l'*Adresse de 1867* : « Voilà le contexte

---

<sup>68</sup> *Ibid* au para 117.

<sup>69</sup> *Ibid* aux para 132-37.

sociopolitique à la lumière duquel il faut examiner les négociations et promesses faites par le gouvernement canadien aux habitants des territoires. Toute interprétation qui n'en tiendrait pas compte serait non seulement erronée, mais également injuste »<sup>70</sup>.

- La *proclamation de 1869* ne vise pas seulement la Colonie de la Rivière-Rouge (le district d'Assiniboia) mais l'ensemble des territoires où la population jouissait de droits linguistiques. L'administration bilingue des territoires et du Manitoba de 1870 à 1875 et l'ajout de l'article 110 à l'*Acte des territoires du Nord-Ouest* en 1877 consacrent le bilinguisme existant plutôt qu'il ne confère de nouveaux droits. Le bilinguisme législatif fait partie des « droits acquis » que les autorités ont promis de respecter. Le fait qu'une promesse constitutionnelle soit bafouée pendant plus d'un siècle ne la fait pas disparaître pour autant<sup>71</sup>. On ne peut inférer de la création du Manitoba et de la protection explicite de droits linguistiques que de tels droits n'existaient pas dans le reste du territoire et il n'y a pas de preuve à l'effet que les délégués aient simplement capitulé et renoncé à leurs conditions pour le reste des territoires. Pour les juges, il est improbable que les Métis aient sollicité une protection constitutionnelle pour une partie seulement des territoires<sup>72</sup>.
- Enfin, les juges rappellent l'importance de la constitution laquelle est le résultat de négociations entre les peuples fondateurs. Ces négociations ont donné lieu à des concessions mutuelles de la part des acteurs impliqués et leurs intentions ainsi que leurs points de vue doivent guider l'interprétation par la cour des textes constitutionnels. Il est important de considérer la perspective de la minorité dans ces négociations et il est inconcevable que celle-ci ait consenti à l'annexion sans obtenir la promesse que ses droits linguistiques seraient garantis. La revendication ferme et continue à propos du bilinguisme législatif, l'absence d'opposition du Canada à cette revendication et le fait que l'annexion couvre l'ensemble des territoires justifie une interprétation de l'expression « droits acquis » qui reconnaît l'existence d'une promesse de bilinguisme<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> *Ibid* au para 183.

<sup>71</sup> *Ibid* au para 205.

<sup>72</sup> *Ibid* au para 213.

<sup>73</sup> *Ibid* aux para 235-39.

## B - Commentaires

### 1) L'incidence de l'arrêt *Mercur*

Dans l'arrêt *Caron*, la majorité s'inquiète qu'une réponse positive aux arguments des appelants puisse signifier un renversement de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Mercur*. Elle reconnaît que sa décision dans *Mercur* ne permet pas de trancher le litige dans l'affaire *Caron* parce que la cour, à l'époque, n'avait pas envisagé les retombées possibles du *Décret de 1870*. Mais il reste que si les appelants ont raison, le dispositif de l'arrêt *Mercur* est manifestement erroné. Rappelons que la cour avait alors jugé qu'il n'existait pas en droit constitutionnel canadien une obligation au bilinguisme législatif et judiciaire imputable à la Saskatchewan (et par ricochet à l'Alberta). Si une telle obligation existait, c'était en vertu de l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*. Or pour la majorité, la stabilité du droit constitutionnel est importante et elle conduit au rejet des prétentions des appelants. Les juges minoritaires s'appuient au contraire sur cette distinction pour écarter l'arrêt *Mercur*. Puisque l'affaire *Caron* traite de la validité de la *Loi linguistique* de l'Alberta et de ses obligations en matière de bilinguisme en droit constitutionnel canadien, le litige est d'une toute autre nature. L'analyse historique dans *Mercur* est moins développée en particulier en ce qui concerne la nature et l'impact du *Décret de 1870* et des deux *adresses* qui y sont annexées. Aussi, le fait que le juge Laforest ait affirmé dans l'arrêt *Mercur* que le Parlement savait comment enchâsser dans la constitution une disposition conférant des droits linguistiques constitue pour la minorité dans l'affaire *Caron* une déclaration qui ne dément pas l'existence, au plan constitutionnel, d'une promesse de bilinguisme dans les territoires. En bref, si les questions diffèrent dans les deux affaires, c'est la même conclusion qui est recherchée : existe-t-il une obligation constitutionnelle au bilinguisme législatif imputable à l'Alberta (et par ricochet à la Saskatchewan)?

À cet égard, la position des juges majoritaires qui insistent sur l'incidence de l'arrêt *Mercur* nous paraît trop rigide. D'abord, ce sont les lacunes de l'analyse historique faite par le juge Laforest dans l'arrêt *Mercur* qui ressortent ici. Manifestement, l'arrêt *Caron* fait place à une étude contextuelle beaucoup plus approfondie mais en vain puisque la majorité ne veut pas remettre en question les conclusions d'une décision antérieure; alors que la minorité y justifie, quant à elle, sa décision de l'écarter. Selon cette dernière, « Lorsqu'un argument ne fait qu'effleurer une question, on ne saurait nier la possibilité à d'autres parties dans une instance



subséquente d'en faire la question centrale de leur litige. Toute autre conclusion serait injuste »<sup>74</sup>.

Il faut aussi rappeler qu'il est possible pour la Cour suprême d'écarter, pour des motifs sérieux, un arrêt antérieur même si cela est rare<sup>75</sup>. Le simple fait que les juges actuels divergent d'opinion avec ceux d'hier est certes insuffisant<sup>76</sup> mais pour des raisons impérieuses, elle pourra écarter ses propres précédents<sup>77</sup>. Dans l'arrêt *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*<sup>78</sup>, la cour précise clairement que « les décisions constitutionnelles ne sont pas immuables et ce, même en l'absence d'une modification constitutionnelle »<sup>79</sup>. Dans l'arrêt *Ontario (Proc. Gén.) c. Fraser*<sup>80</sup>, le juge Rothstein énonce parmi les motifs justifiant qu'un précédent soit écarté<sup>81</sup> les suivants :

- Des principes fondamentaux touchant aux droits des personnes et des citoyens sont-ils en cause?
- Les valeurs justifiant que l'erreur soit corrigée ou que justice soit rendue l'emportent-elles sur celles justifiant le respect du *stare decisis*?

Ce ne sont pas là des considérations à satisfaire mais plutôt des principes directeurs qui guident la cour dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire<sup>82</sup>. Dans *R. c. Henry*<sup>83</sup>, la cour prône la prudence avant d'écarter un précédent si ce revirement a

---

<sup>74</sup> *Ibid* au para 135.

<sup>75</sup> Voir *R c Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 RCS 609, en particulier l'opinion du juge Binnie aux para 129 et ss et *Ontario (Proc. Gén.) c Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 RCS 3, en particulier l'opinion du juge Rothstein aux para 129-51 [*Fraser*]. Voir aussi *R c Bernard*, [1988] 2 RCS 833, 90 NR 321.

<sup>76</sup> *Fraser*, *ibid* au para 129.

<sup>77</sup> *Ibid* au para 133. Le juge Rothstein énonce : « Le tribunal appelé à décider s'il convient ou non d'écarter un précédent met en balance deux valeurs importantes : la décision correcte et la certitude. Il doit se demander s'il vaut mieux suivre une décision incorrecte dans l'intérêt de la certitude ou corriger l'erreur. Comme cette pondération suppose l'exercice du pouvoir discrétionnaire, des tribunaux et auteurs ont proposé l'application d'une pléthore de critères ». Dans *R c Chaulk*, [1990] 3 RCS 1303 à la p 1353, 69 ManR (2<sup>e</sup>) 161 le juge en chef Lamer déclare : « Fondamentalement, la question qui se pose chaque fois appelle une mise en balance : les motifs qui justifient le respect d'un précédent—comme la certitude, la cohérence, la prévisibilité et la légitimité institutionnelle—l'emportent-ils sur la nécessité d'écarter un précédent dont le caractère erroné justifie qu'il ne soit ni confirmé ni perpétué? ».

<sup>78</sup> [1988] 2 RCS 680, 54 DLR (4<sup>e</sup>) 679.

<sup>79</sup> *Ibid* à la p 704.

<sup>80</sup> *Supra* note 75.

<sup>81</sup> *Ibid* aux para 134-37. Les motifs énumérés ne sont pas exhaustifs (voir le paragraphe 139).

<sup>82</sup> *Ibid* au para 141.

<sup>83</sup> *Supra* note 75.

pour conséquence d'affaiblir une protection offerte par la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>84</sup> puisque cette dernière énonce les principes les plus fondamentaux de notre droit. Aussi, la justesse de son interprétation importera particulièrement<sup>85</sup>. Or, le dualisme et l'égalité des deux langues officielles sont des principes inscrits dans la *Charte canadienne* et des valeurs constitutionnelles. Les droits linguistiques inscrits dans d'autres textes sont aussi des droits touchant aux droits des personnes et des citoyens. Par analogie et dans la mesure où l'utilisation de l'arrêt *Mercury* sert à affaiblir le dualisme et la protection offerte au français et à la minorité francophone, la majorité de la Cour suprême aurait dû, plutôt que d'insister sur la stabilité du droit constitutionnel, accepter sa remise en question sinon l'écarter.

## 2) Quel compromis?

Les droits linguistiques ne sont pas édictés dans l'abstrait. Contrairement à des droits fondamentaux qui s'appuient sur des principes universels, les droits linguistiques sont des droits créances qui découlent généralement d'un compromis politique<sup>86</sup>. Les tribunaux sont invités lorsqu'ils interprètent des dispositions linguistiques à adopter une approche contextuelle. La relation des faits est donc essentielle pour permettre un examen des questions pouvant découler de l'interprétation de dispositions, dans notre cas des expressions « droits acquis » dans l'*Adresse de 1867* et « droits civils » dans la *proclamation de 1869*. Le tribunal, plutôt que de s'en remettre à des règles d'interprétation mécanistes, doit plutôt considérer l'ensemble des circonstances pertinentes afin d'identifier l'objet de la loi et les principes sous-jacents. Et il est donc possible, par exemple, qu'un droit ou une liberté puisse avoir une différence selon le contexte applicable<sup>87</sup>. Il faut noter d'emblée que dans l'arrêt *Caron*, autant les juges majoritaires que les juges minoritaires s'entendent sur les principes directeurs d'interprétation qui sont applicables. Mais comment expliquer qu'ils en arrivent à des conclusions divergentes?

Pour la majorité, les textes constitutionnels doivent faire l'objet d'une interprétation large et libérale. S'agissant de droits linguistiques, une interprétation téléologique

---

<sup>84</sup> *Ibid* au para 44.

<sup>85</sup> *Ibid* au para 141.

<sup>86</sup> Voir à ce sujet José WOEHLING, « Les droits linguistiques dans l'usage officiel et la liberté linguistique dans l'usage privé : l'apport à la réflexion de la Cour suprême du Canada » dans Ludovic HENNEBEL et Hélène TIGROUDJA, dir, *Humanisme et droit*, Éditions Pedone, Paris 2013, 447 à la p 462.

<sup>87</sup> Voir les propos de la juge Wilson dans *Edmonton Journal c Alberta (Procureure Générale)*, [1989] 2 RCS 1326 à la p 1355, 64 DLR (4<sup>e</sup>) 577.

s'impose, c'est-à-dire qu'ils sont interprétés de manière compatible avec le maintien et le développement des communautés de langue officielle et à cet égard, la compréhension du contexte est essentielle<sup>88</sup>. Mais du même coup, la cour met en garde dans la mesure où on ne peut au moyen de cette approche créer de nouveaux droits. Aussi ces principes d'interprétation ne sauraient avoir préséance sur un texte constitutionnel écrit<sup>89</sup>. Même si la dualité linguistique et la protection des minorités sont des principes constitutionnels importants, il en va de même en ce qui concerne le fédéralisme et l'autonomie des provinces et les premiers ne sauraient faire échec aux seconds. En l'absence de garanties consacrées, comme les articles 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les provinces sont donc libres de décider de la langue de leur législation. Les juges majoritaires semblent vouloir opposer, plutôt qu'harmoniser, le principe de la protection des minorités à celui du fédéralisme et ils nous paraissent plutôt réservés dans leur évaluation du contexte historique et factuel. L'épisode est perçu comme en étant strictement un de négociations. En acceptant la création de la province du Manitoba et l'annexion du reste des Territoires du Nord-Ouest au Canada, les représentants de la population métis ont effectivement fait des sacrifices concernant les régions éloignées en ce qui concerne le bilinguisme législatif. Celui-ci n'a été garanti que dans le cas du Manitoba et au moyen de l'insertion de l'article 23 dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. C'est là le compromis. L'*Adresse de 1867* ne matérialise pas ce compromis qui est effectivement intervenu en 1870. Si ce compromis a eu pour effet de restreindre la compétence du Manitoba de légiférer sur la langue de sa législation, ce n'est pas le cas pour l'union des territoires à la fédération canadienne (et des provinces qui ultérieurement s'en détachèrent) laquelle s'est effectuée sans garantie de bilinguisme et même si le bilinguisme était largement pratiqué. Dans une négociation, une partie peut réaliser des gains mais elle s'attend aussi à ce que d'autres revendications restent lettre morte<sup>90</sup>. L'article 110 de l'*Acte des Territoires*

<sup>88</sup> Dans « Interprétation large et libérale et interprétation contextuelle : convergence ou divergence? » (2009) 49 C de D 297-318, Mélanie SAMSON est d'avis que « les éléments contextuels doivent être pris en considération pour déterminer l'objet de la disposition à interpréter et que une fois cet objet établi, le principe de l'interprétation large et libérale commande qu'il y soit donné pleinement effet ». C'est davantage l'objet que le contexte de la disposition qui déterminera alors sa portée large ou étroite.

<sup>89</sup> *Caron*, *supra* note 13 aux para 35-38.

<sup>90</sup> *Ibid* au para 70 : « Le fait est qu'en acceptant la création de la province du Manitoba ainsi que du Territoire du Nord-Ouest, les représentants et les négociateurs ont effectivement fait des sacrifices en ce qui concerne les régions éloignées. Loin de manquer de plausibilité, cette conclusion reflète l'essence même de toute négociation: faire des compromis pour parvenir à une entente, et, d'autant plus que les représentants avaient formulé ainsi leur revendication: "L'usage des langues anglaise et française sera facultative dans la législature...". Comme nombre d'autres contenues dans les Listes des droits, cette revendication était tributaire de la première demande formulée en tête de la troisième Liste, soit celle sollicitant l'entrée dans la Confédération en tant que province, avec la création d'une assemblée législative provinciale

*du Nord-Ouest* adopté en 1877 ne vise pas à mettre en œuvre une garantie constitutionnelle qui n'existe pas. Puisque les garanties linguistiques ont toujours été l'objet de dispositions spécifiques, l'expression « droits acquis » dans *l'Adresse de 1867* ne peut être interprétée comme garantissant le bilinguisme législatif. D'ailleurs, la majorité se demande comment cette adresse peut matérialiser un compromis qui surviendra trois ans plus tard. À cet égard, il convient selon nous de répondre que *l'Adresse de 1867* ne matérialise pas un compromis qui surviendra trois ans plus tard mais plutôt que c'est ce compromis (le *Décret de 1870*) qui en intégrera simplement les termes. Quant à la *proclamation de 1869* protégeant les « droits civils », la majorité juge que c'est une simple promesse non exécutoire<sup>91</sup>. Son approche est donc empreinte de réserve et c'est la retenue qui caractérise son intervention : la retenue dans l'appréciation du contexte historique mais aussi la retenue dans l'interprétation des textes.

En effet, la majorité affirme à plusieurs reprises<sup>92</sup> que les droits linguistiques sont des droits conférés de manière spécifique et donc que l'expression « droits acquis » ne peut faire référence à des garanties de cette sorte. Mais l'affirmation n'est pas appuyée par un précédent. Elle découlerait simplement du fait que les garanties linguistiques qui ont fait à l'époque l'objet d'un compromis ont été explicitement énoncées aux articles 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le bilinguisme législatif est perçu différemment des « droits acquis » et il a été traité de façon distincte<sup>93</sup>. Il y a pourtant un précédent judiciaire à cet égard où le raisonnement du tribunal est similaire et une référence aurait pu y être faite. C'est l'affaire *Ottawa Roman Catholic Separate School Trustees c. Mackell*<sup>94</sup>. On sait que l'Ontario adoptait en 1912 le fameux Règlement 17 lequel bannissait le français comme langue d'instruction et de communication dans les écoles de cette province. Les franco-ontariens ont bien pensé que le français et leurs écoles étaient protégés par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et ils ont donc contesté la validité du règlement. Le comité judiciaire du

---

pour l'ensemble des terres annexes. Il s'ensuit donc que l'accord sur le bilinguisme a été consacré dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ».

<sup>91</sup> *Ibid* au para 95-99.

<sup>92</sup> *Ibid* aux para 4, 40-44, 97 et 103. Dans ce dernier paragraphe, elle énonce : « Il n'est jamais arrivé dans l'histoire constitutionnelle que le droit au bilinguisme législatif soit constitutionnalisé par le jeu d'une inférence fondée sur l'emploi des termes « droits acquis » ou « droits légaux »... Le législateur savait comment garantir les droits linguistiques et c'est ce qu'il a fait dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, pas dans *l'Adresse de 1867* ».

<sup>93</sup> *Ibid* au para 97.

<sup>94</sup> (1917) AC 62 et 32 DLR 1. On pourra consulter sur le sujet Pierre CARIGNAN, *Les garanties confessionnelles à la lumière du renvoi relatif aux écoles séparées de l'Ontario : un cas de primauté d'un droit collectif sur le droit individuel à l'égalité*, 1992, CRDP, Université de Montréal, CREDP, Université d'Ottawa.

Conseil privé leur a répondu en 1917 que seul l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* traite spécifiquement de droits linguistiques<sup>95</sup>. Quant à l'article 93, celui-ci ne protège pas la langue d'instruction mais bien les catégories de personnes unies par une même confession; il ne limite pas la compétence des provinces de faire lois sur les autres aspects de l'instruction dont la langue d'enseignement. Bref, l'article 93 n'offre aucunes garanties de nature linguistique, ces dernières étant énoncées spécifiquement à l'article 133. Mais aujourd'hui, on pourrait comprendre facilement les hésitations des tribunaux canadiens à appuyer leur raisonnement sur l'affaire *Mackell*<sup>96</sup>.

Pour la minorité, les mêmes principes d'interprétation prévalent. Une interprétation large et téléologique et qui tienne compte du contexte est de mise mais puisqu'il s'agit de « constitution », ils ajoutent que la volonté d'un peuple doit être aussi considérée puisque par essence elle en est l'expression<sup>97</sup>. C'est la distinction principale qui explique le désaccord avec l'interprétation que la majorité fait quant à elle du contexte historique. En effet, le contexte analysé est celui qui a prévalu au moment de la création de la Confédération ainsi que de l'annexion des territoires qui est intervenue quelques années plus tard. C'est donc une période de revendications et de négociations entre les nouvelles autorités canadiennes et les populations visées. Pour la minorité, il s'agit donc de considérer la volonté des peuples fondateurs et ce n'est donc pas une simple affaire de négociations avec son lot de gagnants et de perdants. Tenir compte uniquement de la perspective du gouvernement canadien tronque l'interprétation des concessions faites au moment des négociations<sup>98</sup>. Selon elle, « l'annexion s'est faite non par conquête, mais par négociation »<sup>99</sup>. À cet égard, il lui apparaît donc inconcevable qu'on ait voulu garantir le bilinguisme législatif et judiciaire aux seuls habitants de la nouvelle et petite province du Manitoba (même si une majorité de francophones y habitaient) et laisser pour compte le reste de la population francophone vivant à l'extérieur dans l'ensemble des territoires. La garantie de protéger les « droits acquis » ou les « droits civils » est certainement incluse dans le contenu visé d'autant plus que la preuve a révélé qu'avant l'annexion, tous les habitants jouissaient de droits

<sup>95</sup> *Ibid* à la p 8, le tribunal déclare : “In this connection it is worthy of notice that the only section in the BNA Act 1867, which relates to the use of the English and French languages (sec.133) does not relate to education, and is directed to an entirely different subject-matter...”

<sup>96</sup> Particulièrement à l'heure où la première ministre de l'Ontario a offert officiellement les excuses du gouvernement à la population franco-ontarienne pour ce sombre épisode (le 22/02/16). Voir le *Journal des débats (Hansard)* de l'Assemblée législative de l'Ontario, première session, 41<sup>e</sup> législature, le 22 février 2016 et accessible en ligne : <[http://www.ontla.on.ca/web/house-proceedings/house\\_proceedings\\_home.do?locale=fr](http://www.ontla.on.ca/web/house-proceedings/house_proceedings_home.do?locale=fr)>.

<sup>97</sup> *Caron*, *supra* note 13 au para 117.

<sup>98</sup> *Ibid* au para 236.

<sup>99</sup> *Ibid* au para 213.

linguistiques dans les sphères législative et judiciaire<sup>100</sup>. C'est le contexte qu'il faut considérer et qui explique la nature du compromis intervenu<sup>101</sup>. L'expression « droits acquis » renvoie à ce compromis. L'*Adresse de 1867* contient donc une garantie constitutionnelle, compte tenu de son incorporation au *Décret de 1870*, de bilinguisme législatif. Quant à l'expression « droits civils » contenue dans la *proclamation de 1869*, elle réitère cette promesse de bilinguisme. L'ajout de l'article 110 à l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest* en 1877 ne fait que consacrer et la pratique et la garantie de bilinguisme.

L'histoire est la relation d'événements ainsi que l'interprétation qu'on en fait. La diversité caractérise évidemment cette interprétation et il n'est pas rare que les mêmes faits donnent lieu à des interprétations divergentes. Il est donc tout à fait normal que les membres d'un même tribunal puissent diverger d'opinions et apprécier différemment les relations factuelles établies devant eux. Pour la majorité, le récit établit l'existence d'un compromis linguistique concernant le Manitoba et de simples promesses sans suite concernant le reste du territoire. Un compromis perdu! Pour la minorité, c'est au contraire l'histoire de promesses non tenues et de droits constitutionnels bafoués. La différence est de taille parce que s'agissant de droits, une réparation au plan judiciaire aurait été possible. C'est à cet espoir que la majorité met fin.

### 3) Les langues autochtones et le français

L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* confirme les droits existants ou issus de traités des peuples autochtones du Canada et les Métis forment l'un des trois peuples autochtones du Canada<sup>102</sup>. Le contenu de ces droits n'a pas été identifié tel

<sup>100</sup> *Ibid* au para 164 : « Bref, la preuve démontre clairement qu'avant l'annexion, tous les habitants de la Terre de Rupert et du TNO jouissaient de droits linguistiques dans les sphères législative et judiciaire. Ce contexte est essentiel à une interprétation juste de la promesse faite par le Parlement de protéger les « droits acquis » des habitants ».

<sup>101</sup> *Ibid* au para 183 : « Il est clair que le Canada n'est pas disposé à annexer les territoires tant que durera la résistance de la population. Toutefois, il ne peut toutefois se contenter d'attendre que la population renonce à ses revendications. Le gouvernement britannique exerce des pressions importantes sur le Canada pour qu'il négocie des conditions de transfert raisonnables. Voilà le contexte sociopolitique à la lumière duquel il faut examiner les négociations et promesses faites par le gouvernement canadien aux habitants des territoires. Toute interprétation qui n'en tiendrait pas compte serait non seulement erronée, mais également injuste ».

<sup>102</sup> Avec les Indiens et les Inuits. Voir le paragraphe 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord c Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 RCS 670. Récemment dans *Daniels c Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, 395 DLR (4<sup>e</sup>) 381, la Cour suprême a jugé que le mot « Indiens » visé au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* englobe tous les peuples autochtones, y

quel par le constituant au moment du rapatriement de la constitution mais ce dernier a plutôt laissé aux tribunaux le soin d'y procéder cas par cas<sup>103</sup>. Les droits dont il est question s'entendent des droits territoriaux et aussi des autres droits coutumiers et liés à la culture autochtone comme par exemple les activités liées au mode de vie traditionnel (chasse, pêche, trappage ou certaines activités commerciales)<sup>104</sup>. À ce jour, les tribunaux ne se sont pas prononcés sur l'inclusion des langues autochtones à titre de droits ancestraux<sup>105</sup>. Compte tenu de l'approche applicable dans ce domaine<sup>106</sup>, on peut certes avancer que les langues autochtones constituent un élément important de la culture des premiers habitants puisqu'elles sont l'expression sous toutes ses formes du mode de vie d'un peuple et qu'elles en sont aussi l'expression privilégiée de transmission. Le respect de l'article 35 imposerait donc à l'État au moins l'obligation négative de ne pas entraver l'exercice de ce droit à défaut de lui imposer un devoir, positif, cette fois, de les promouvoir. La Cour

---

compris les Indiens non-inscrits et les Métis et elle a confirmé la compétence législative fédérale à leur endroit.

<sup>103</sup> Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008 aux pp 131-38 et 530-31; Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles, Bruylant, 2003; Brian SLATTERY, « Understanding Aboriginal Rights » (1987) 66 R du B can 727 et « The Constitutional Guarantee of Aboriginal Treaty Rights » (1982-1983) 8:1-2 Queen's LJ 232.

<sup>104</sup> *R c Horseman*, [1990] 1 RCS 901, 73 Alta LR (2<sup>e</sup>) 193; *R c Badger*, [1996] 1 RCS 771, 133 DLR (4<sup>e</sup>) 324.

<sup>105</sup> Des auteurs plaident en faveur de cette inclusion. Voir J. RICHSTONE, « La protection juridique des langues autochtones au Canada » dans Paul PUPIER et José WOEHLING, dir, *Langue et droit*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 258; Brian SLATTERY, « Aboriginal Language Rights » dans D. SCHNEIDERMAN, dir *Langue et État : droit politique et identité*, Actes de la deuxième conférence sur les affaires constitutionnelles, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1991; Fernand De VARENNES, « L'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 et la protection des droits linguistiques des peuples autochtones » (1994) 4 NZCL 265; Naomi METALLIC, « Les droits linguistiques des peuples autochtones » dans *Les droits linguistiques au Canada*, supra note 2, 891. Voir aussi André BRAËN, « Le statut des langues autochtones au Canada : le cas de l'inuit au Nunavut » (2009) 87 R du B can 739-770.

<sup>106</sup> Dans *R c Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507, 137 DLR (4<sup>e</sup>) 289, la Cour suprême déclare que l'article 35 doit s'interpréter en fonction de trois objets qui sont (a) la préservation des cultures autochtones et la reconnaissance de la présence antérieure des peuples autochtones sur le territoire, (b) la conciliation de cette présence antérieure avec la souveraineté du Canada et (c), la nécessité de réparer les préjudices historiquement subis par les peuples autochtones. Benjamin J. OLIPHANT croit que la discrétion judiciaire dans l'interprétation de la *Charte canadienne* doit être davantage encadrée de sorte à protéger la légitimité de l'intervention des tribunaux dans ce domaine. Dans son article « Taking Purposes Seriously: The Purposive Scope and Textual Bounds of Interpretation Under the Charter of Rights and Freedom », (2015) 65 UTLJ 239-283, l'auteur conclut qu'une interprétation trop axée sur les objets d'une disposition tels que définis par le tribunal peut avoir comme conséquence la réduction du droit que le constituant a pourtant voulu protéger.

suprême a déjà reconnu que les autochtones forment des peuples souverains ou des sociétés uniques<sup>107</sup>. Également et dans le contexte de la protection et de la promotion des deux langues officielles, la Cour suprême a maintes fois insisté sur le rôle essentiel que joue la langue dans la vie de l'individu qui est aussi membre d'une communauté<sup>108</sup>. Ce raisonnement vaut aussi selon nous pour toutes les langues, y inclus les langues autochtones. Une interprétation qui de plus concorde avec le principe de la protection des minorités<sup>109</sup>.

La majorité dans l'arrêt *Caron* est d'avis que les droits linguistiques ont toujours fait l'objet de dispositions explicites de la part du constituant. Si cette approche est retenue, il serait donc impossible d'argumenter que l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* protège, même passivement, les langues autochtones. L'expression « droits ancestraux », compte tenu de son caractère général et par analogie avec l'expression « droits légaux » contenue dans l'*Adresse de 1867*, ne pourrait donc être interprétée comme protégeant une langue autochtone contre, par exemple, une interdiction d'utilisation décrétée par les autorités. L'absence de dispositions dans l'article 35 traitant spécifiquement de droits linguistiques serait donc fatale? De même et dans la mesure où le français<sup>110</sup> est une langue qui était historiquement la langue parlée par les Métis<sup>111</sup>, pourrait-on affirmer qu'au plan juridique, il est une langue autochtone qui jouit d'une protection constitutionnelle et que son emploi ne pourrait être interdit par une mesure contemporaine?

#### 4) Question de droit ou question politique?

De façon surprenante et dans leur conclusion, les juges de la majorité insistent brièvement sur les conséquences « d'une portée considérable » d'une décision qui statuerait sur le caractère constitutionnel d'une obligation au bilinguisme législatif imputable à l'Alberta<sup>112</sup>. Conclure de la sorte signifierait que cette obligation constitutionnelle serait applicable non seulement à l'Alberta mais aussi aux terres qui, à l'époque, appartenaient à la Compagnie de la Baie d'Hudson et qui ressortent maintenant aux provinces de la Saskatchewan, de l'Ontario, du Québec, et aux territoires du Yukon, du Nunavut et des Territoires du Nord-Ouest. Pour la minorité, une décision contraire n'entraînerait pas le chaos et ses répercussions seraient limitées puisqu'à l'exception de la Saskatchewan (et de l'Alberta ajoutons-

<sup>107</sup> *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 RCS 511.

<sup>108</sup> *Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 RCS 721, 19 DLR (4<sup>e</sup>) 1; *Mahé c Alberta*, [1990] 1 RCS 342, 68 DLR (4<sup>e</sup>) 69.

<sup>109</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, 161 DLR (4<sup>e</sup>) 385 aux para 79-82.

<sup>110</sup> Et l'anglais.

<sup>111</sup> Avec le Métchif.

<sup>112</sup> *Caron*, *supra* note 13 au para 102.



nous), ces provinces et territoires publient déjà leurs lois en français. Selon eux, la cour est saisie fondamentalement d'une question de droit et non d'une question politique pouvant être laissée au bon vouloir des autorités gouvernementales<sup>113</sup>.

Cette préoccupation de la part de la majorité est surprenante. Ce qui est en cause ici n'est pas le caractère politique des questions soumises à l'examen de la cour<sup>114</sup> mais plutôt ses répercussions en cas de réponses positives. Le droit n'est pas abstrait et c'est de l'angélisme de croire que les aspects politiques d'une décision ne sont pas considérés par un tribunal, du moins implicitement. Dans le domaine des droits linguistiques, les répercussions éventuelles au plan politique des interventions de la Cour suprême ne l'ont pas empêchée dans le passé de rendre des décisions marquantes et libérales au point où l'on s'est légitimement interrogé sur un certain activisme de sa part<sup>115</sup>. La langue a toujours fait partie de l'histoire politique canadienne et on peut se demander si, implicitement, la majorité ne fait pas ici écho aux inquiétudes du juge Slatter de la Cour d'appel de l'Alberta pour qui les droits linguistiques sont des « droits susceptibles de susciter la controverse et de semer la discorde »<sup>116</sup>. La stabilité et la prévisibilité de l'ordre linguistique au Canada seraient-elles donc de mise pour la majorité qui ne voudrait pas y déroger?

Quant aux juges minoritaires, ils ont raison de rappeler qu'à part la Saskatchewan, les autres territoires procèdent déjà à la publication en français de leur législation. On ignore si une obligation constitutionnelle au bilinguisme législatif est imputable aux territoires fédéraux<sup>117</sup> mais quoiqu'il en soit, la législation du Yukon<sup>118</sup>, du Nunavut<sup>119</sup> et des Territoires du Nord-Ouest<sup>120</sup> est adoptée en français et en anglais (et même dans une langue autochtone le cas échéant) et les deux versions font pareillement autorité. Au Québec, l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* impose le bilinguisme dans le processus d'adoption, d'impression et de publication

<sup>113</sup> *Ibid* au para 243.

<sup>114</sup> Voir ci-dessus aux pp 104-06 de notre texte. Et même dans un tel cas, un tribunal est justifié d'intervenir quand une question comporte un aspect suffisamment juridique : voir le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, [1991] 2 RCS 525 à la p 545, 83 DLR (4<sup>e</sup>) 297. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 109 au para 28, la Cour suprême déclare que « Pour ce qui est de la nature « juridique » des questions posées, si la Cour est d'avis qu'une question comporte un élément important à caractère non juridique, elle peut interpréter cette question de manière à ne répondre qu'à ses aspects juridiques ».

<sup>115</sup> André BRAËN, *supra* note 8 aux pp 455-56.

<sup>116</sup> *Supra* note 5.

<sup>117</sup> Voir André BRAËN, « Le régime linguistique des territoires fédéraux au Canada » dans *Rovesciare Babele. Economia ed ecologia delle lingui regionali e minoritarie/Renverser Babel. Économie et écologie des langues régionales et minoritaires*, Rome, Aracne, 2011, 165.

<sup>118</sup> *Loi sur les langues*, LRY, 2002, c 133, art 4.

<sup>119</sup> *Loi sur les langues officielles*, LNun, 2008, c 10, art 5.

<sup>120</sup> *Loi sur les langues officielles*, LRTN-O, 1988, c O-1, art 7.

des lois de l'Assemblée nationale. L'égalité des deux versions découle de ce principe. En Ontario, et même si la province a toujours refusé d'être liée par une obligation constitutionnelle au bilinguisme, la *Loi sur les services en français*<sup>121</sup> prévoit la traduction en français de la législation à « caractère public et général » ainsi que son adoption par l'Assemblée législative; la réglementation « appropriée » est aussi traduite. En Alberta et en Saskatchewan, on a vu que la législation permet un emploi discrétionnaire du français dans le domaine législatif<sup>122</sup>. Il faut noter que l'obligation constitutionnelle au bilinguisme législatif va plus loin que la simple impression et publication de la législation dans les deux langues et se répercute sur le processus de son adoption, de l'égalité des versions française et anglaise ainsi que de l'inclusion de la réglementation gouvernementale et elle est associée au bilinguisme parlementaire<sup>123</sup>. En fait, on ne saurait nier le caractère éminemment symbolique qui se rattache à l'adoption de la législation au sein de l'État. Comme on ne saurait nier l'opposition catégorique de certaines provinces canadiennes à être liées par une obligation constitutionnelle de la sorte. Il est navrant que des perspectives politiques aient ainsi freiné la cour dans son évaluation objective du dossier et elles expliquent peut-être en partie sa réserve ou sa retenue.

## CONCLUSION

La décision de la majorité dans l'arrêt *Caron* est empreinte de retenue. C'est sa caractéristique principale. D'abord, l'appréciation qu'elle fait de l'histoire constitutionnelle assimile la naissance de la Confédération canadienne et ses premiers pas à une simple joute de négociations politiques avec des gagnants et des perdants et dans laquelle la protection des minorités a peu à voir. L'histoire du Canada qui est ici racontée par la majorité nous apprend que c'est la francophonie qui en a fait les frais. Un compromis linguistique existe bel et bien mais il se limite au Manitoba. Quant au reste des territoires du Nord-Ouest, il y eut tout au plus des promesses mais aucune garantie constitutionnelle et donc, le compromis linguistique s'entend ici de l'absence ...de compromis! Puis, la retenue s'exprime également dans l'interprétation restrictive qu'elle donne par la suite aux valeurs et aux termes constitutionnels eux-mêmes.

---

<sup>121</sup> LRO 1990, c F.32, art 4.

<sup>122</sup> Voir ci-dessus aux pp 101-02 de notre texte.

<sup>123</sup> Voir DOUCET, « Le bilinguisme législatif », *supra* note 16 et André BRAËN, « L'obligation constitutionnelle au bilinguisme législatif » dans Ernest CAPARROS, dir *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, 807.

Cette approche s'inscrit tout à fait dans la logique du compromis linguistique qui commande cette réserve judiciaire dans l'interprétation des textes. Mais il y a plus puisque dans l'arrêt *Caron*, on constate que la retenue s'est d'abord manifestée dans l'appréciation contextuelle et dans les conclusions que la majorité en a tirées. Il reste que cet arrêt vient confirmer l'approche restrictive adoptée antérieurement par la Cour suprême du Canada et qui semble maintenant devenir sa marque de commerce dans les dossiers linguistiques, mis à part peut-être en matière scolaire. L'arrêt *Caron* refuse la réparation judiciaire et renvoie les communautés de langues officielles dans l'arène politique là où, selon la majorité, doit se réaliser la progression des droits linguistiques. À ce jeu exclusif, c'est la francophonie canadienne qui risque de perdre compte tenu de son poids minoritaire et de l'hostilité que soulève bien souvent dans l'opinion publique la question linguistique.

À cette lecture, la minorité dans l'arrêt *Caron* oppose, en termes vigoureux et qui ne laissent aucun doute quant à la division existant au sein du tribunal, une conclusion inverse fondée sur l'importance de la volonté des peuples fondateurs. L'insistance sur l'enjeu du bilinguisme qui est à la base de l'union des territoires au Canada, à « sa constitution », ne s'est jamais démentie. Ici, il y eut bel et bien un compromis mais qui, selon les juges minoritaires, fut bafoué et c'est pourquoi une réparation judiciaire devrait émaner du tribunal. L'arrêt *Caron*, comme plusieurs décisions antérieures, n'a pas donné lieu à une opinion unanime de la part des membres de la cour et la solution préconisée est vivement contestée par une minorité. L'approche qui doit prévaloir dans l'interprétation des droits linguistiques constituerait-elle une question qui ne serait donc pas résolue de manière définitive? Il y aurait lieu à espérer. Quoiqu'il en soit et après Louis Riel, c'est le statut du français que l'on a pendu dans l'Ouest canadien.