

COUR DU BANC DE LA REINE DU NOUVEAU-BRUNSWICK

DIVISION DE PREMIÈRE INSTANCE

CIRCONSCRIPTION JUDICIAIRE DE FREDERICTON

FM-64-2019

La Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick c. Le très honorable premier ministre du Canada et autre
2022 NBBR 085

ENTRE

LA SOCIÉTÉ DE L'ACADIE DU
NOUVEAU-BRUNSWICK,

requérante,

- et -

LE TRÈS HONORABLE PREMIER MINISTRE DU
CANADA et SON EXCELLENCE LA TRÈS
HONORABLE GOUVERNEURE GÉNÉRALE DU
CANADA,

intimés.

RECEIVED AND FILED
REÇU ET DÉPOSÉ

APR 14 2022
e-filed
COURT SERVICES
SERVICE AUX TRIBUNAUX
Fredericton, NB

DÉCISION

MOTIFS : la juge en chef Tracey K. DeWare.

LIEU DE L'AUDIENCE : Fredericton, Nouveau-Brunswick.

DATES D'AUDIENCE : les 13, 14 et 15 décembre 2021.

DATE DE LA DÉCISION : le 14 avril 2022.

COMPARUTIONS : Jennifer Klinck, Juliette Vani et Giacomo Zucchi, pour
la requérante, la Société de l'Acadie du
Nouveau-Brunswick;

Nadine Dupuis et Catherine McIntyre, pour les
intimés, le très honorable premier ministre du Canada
et Son Excellence la très honorable gouverneure
générale du Canada.

La juge en chef DeWare

INTRODUCTION

[1] Il s'agit en l'espèce d'un exemple de l'inévitable entrecroisement qui existe entre les organes exécutif, législatif et judiciaire du gouvernement. Au Canada, un principe fondamental de notre démocratie est l'indépendance des trois piliers du gouvernement, d'où l'importance cruciale d'éviter que chacun de ces piliers porte atteinte à la compétence des autres. Les tribunaux canadiens ne sont pas compétents, en common law ou en vertu du droit législatif, d'intervenir dans les décisions discrétionnaires de l'organe exécutif du gouvernement, sauf si ces décisions sont prises d'une manière ou sous une forme qui violerait la Constitution. Dans de telles circonstances, les tribunaux canadiens, malgré leur réticence bien normale, ont l'obligation de se prononcer. Les faits de la présente affaire et les questions dont la Cour est saisie déclenchent cet exercice judiciaire périlleux.

[2] La requérante, la Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick, est l'auteure de la présente requête par laquelle elle sollicite une ordonnance de la Cour déclarant que la recommandation du premier ministre Trudeau visant la nomination de Brenda Louise Murphy à la charge de lieutenante-gouverneure du Nouveau-Brunswick était inconstitutionnelle du fait qu'elle violait les paragraphes 16(2), 16.1(2), 18(2) et 20(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la *Charte*) et qu'elle n'était ni juste ni raisonnable au sens prévu à l'article premier de la *Charte*.

FAITS

- [3] Le 2 août 2019, l'honorable lieutenant-gouverneure du Nouveau-Brunswick, Jocelyne Roy-Vienneau, est tragiquement décédée prématurément alors qu'elle était toujours en fonction. Immédiatement après son décès, des démarches ont été entreprises en vue de nommer un nouveau lieutenant-gouverneur.
- [4] Le 4 septembre 2019, sur l'avis du premier ministre Trudeau, le Bureau du Conseil privé a recommandé que la gouverneure générale émette un décret en conseil nommant Brenda Louise Murphy à titre de 32^e lieutenant-gouverneure du Nouveau-Brunswick conformément à l'article 58 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
- [5] Au moment de sa nomination en septembre 2019, ainsi qu'au moment de l'audition de la présente requête en décembre 2021, l'honorable lieutenant-gouverneure Murphy n'était pas bilingue. Ce fait a été concédé par les intimés à l'audience. Bien que la lieutenant-gouverneure Murphy s'efforce activement d'améliorer ses aptitudes linguistiques en français (comme elle s'était engagée à le faire au moment de sa nomination), elle n'est pas bilingue.
- [6] Il importe de reconnaître d'emblée les importantes contributions de la lieutenant-gouverneure Murphy envers les citoyens du Nouveau-Brunswick. La requérante a souligné avec sincérité l'important

travail entrepris par la lieutenant-gouverneure Murphy dans l'avancement de l'égalité des sexes, dans les questions de justice sociale, dans son opposition à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ainsi que par sa participation à des initiatives ayant trait à la lutte contre la pauvreté. La présente requête ne vise aucunement à contester les titres de compétence de la lieutenant-gouverneure Murphy ou l'à-propos de sa nomination, sauf en ce qui a trait à la question de ses capacités linguistiques. Le Nouveau-Brunswick et ses citoyens ont bénéficié du bon travail accompli par la lieutenant-gouverneure Murphy, tant avant sa nomination qu'après celle-ci. Toutefois, au moment du dépôt de la présente requête, la lieutenant-gouverneure Murphy était une personne unilingue nommée à la charge de lieutenant-gouverneure du Nouveau-Brunswick et, par conséquent, son mandat fait maintenant l'objet de cet examen. Il importe de souligner que la présente requête aurait pu être déposée au cours du mandat de n'importe lequel de ses prédécesseurs ou successeurs unilingues.

- [7] La démocratie canadienne a évolué en harmonie avec la tradition gouvernementale britannique. Le Canada demeure une monarchie constitutionnelle dans laquelle le chef d'État est le monarque britannique (actuellement la reine Elizabeth II) représenté par un gouverneur général à Ottawa et des lieutenants-gouverneurs dans les provinces. Bien qu'il soit en pratique largement cérémonieux, le rôle joué par le gouverneur

général et les lieutenants-gouverneurs est important dans le processus législatif du pays.

- [8] La description la plus récente du rôle du lieutenant-gouverneur, présentée sur le site Web de la Province du Nouveau-Brunswick, mentionne notamment ce qui suit :

Le lieutenant-gouverneur joue un double rôle; il agit d'abord en qualité de représentant de la reine pour toutes les activités du gouvernement provincial, puis en tant que fonctionnaire fédéral qui s'acquitte de certaines fonctions au nom du gouvernement fédéral.

C'est le lieutenant-gouverneur qui ouvre, proroge et dissout l'Assemblée législative. Il est chargé de faire prêter serment au premier ministre et aux membres du Conseil des ministres, et il doit s'assurer qu'il y a toujours un gouvernement au pouvoir. Le juge en chef du Nouveau-Brunswick devient administrateur au nom du lieutenant-gouverneur lorsque ce dernier est absent, malade ou incapable d'exercer ses fonctions pour quelque raison que ce soit. Le lieutenant-gouverneur et le juge en chef ne peuvent donc s'absenter de la province en même temps.

Le lieutenant-gouverneur accorde la sanction royale à tous les projets de loi adoptés par l'Assemblée législative avant qu'ils n'entrent en vigueur, et il les signe. Il appose également sa signature sur d'autres documents officiels comme les proclamations, les nominations à des postes du gouvernement, dont ceux de sous-ministre, juge provincial, membre d'un conseil, d'un organisme ou d'une commission, procureur de la Couronne et juge de paix. Il signe en outre d'autres documents tels les lettres patentes relatives aux biens-fonds publics, les baux, ainsi que les nominations de notaires et de commissaires aux affidavits.

Une des principales responsabilités du lieutenant-gouverneur consiste à prononcer le Discours du Trône à l'occasion de l'ouverture officielle d'une nouvelle session de l'Assemblée législative. Ce discours présente les projets de loi, les programmes et les initiatives que le gouvernement entend proposer au cours de la session.

En plus de ses obligations officielles, le lieutenant-gouverneur prend part, à sa discrétion, à un grand nombre d'activités traditionnelles. Ainsi, il parraine des activités bénévoles qui visent à améliorer la qualité de la vie dans la collectivité, ainsi que des programmes de récompenses. Il remet des citations, participe à des investitures, à des dédicaces et à d'autres cérémonies officielles soulignant les réalisations des Néo-Brunswickois et Néo-Brunswickoises, et il envoie des messages de félicitations et de condoléances. Il donne des réceptions, reçoit à déjeuner ou à dîner des invités exerçant diverses professions ou représentant diverses organisations, accueille les membres de la famille royale, les chefs d'État, les ambassadeurs et

les autres représentants de pays étrangers, ainsi que des personnes de toutes conditions. Au cours d'une année, le lieutenant-gouverneur assiste à des centaines d'activités publiques et communautaires, d'un bout à l'autre de la province.

[Je souligne.]

- [9] La nomination d'une personne à la charge de lieutenant-gouverneur est une décision discrétionnaire qui revient essentiellement au premier ministre du Canada. Naturellement, de telles nominations comportent fréquemment des considérations d'ordre politique. Les personnes choisies pour occuper le rôle de lieutenant-gouverneur ont typiquement des antécédents bien établis en matière de service au public ainsi que les caractéristiques personnelles nécessaires pour s'acquitter des nombreux engagements sociaux et communautaires liés à cette charge.
- [10] Le premier ministre conseillera ou recommandera au gouverneur général un candidat à nommer à la charge de lieutenant-gouverneur. La **Loi constitutionnelle de 1867** ne prévoit aucun critère ou prérequis obligatoire dont le premier ministre doit tenir compte lorsqu'il sélectionne une personne pour la nommer à la charge de lieutenant-gouverneur. Le pouvoir discrétionnaire dont jouit le premier ministre lorsqu'il recommande une personne à cette charge n'est limité que par les considérations politiques et sociales de l'heure. L'avis donné par le premier ministre au gouverneur général relativement au choix d'un lieutenant-gouverneur n'est assujéti à aucune condition d'origine législative.
- [11] Une fois que le premier ministre a fait part de son avis ou de sa recommandation au gouverneur général, la convention constitutionnelle

au Canada oblige le gouverneur général à signer le décret en conseil nommant officiellement la personne à cette fonction. Même si la nomination du lieutenant-gouverneur n'est officielle que par l'apposition de la signature du gouverneur général sur le décret en conseil, ce geste est toujours fondé sur l'avis que le gouverneur général a reçu du premier ministre.

- [12] La nomination du lieutenant-gouverneur d'une province au Canada est régie par les articles 13 et 58 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ces articles sont libellés ainsi :

Application des dispositions relatives au gouverneur-général en conseil

13 Les dispositions de la présente loi relatives au gouverneur-général en conseil seront interprétées de manière à s'appliquer au gouverneur-général agissant de l'avis du Conseil Privé de la Reine pour le Canada.

Lieutenants-gouverneurs des provinces

58 Il y aura, pour chaque province, un officier appelé lieutenant-gouverneur, lequel sera nommé par le gouverneur-général en conseil par instrument sous le grand sceau du Canada.

QUESTIONS EN LITIGE

- [13] La Cour est appelée en l'espèce à répondre aux questions suivantes :

- 1) L'avis que le premier ministre Trudeau a donné à la gouverneure générale en conseil lui recommandant une candidate à la charge de lieutenant-gouverneur du Nouveau-Brunswick est-il susceptible de révision par la Cour?

- 2) Les paragraphes 16(2), 18(2), 20(2) et 16.1(1) de la *Charte* ont-ils pour effet d'interdire la nomination d'un lieutenant-gouverneur unilingue au Nouveau-Brunswick?
- 3) Si la nomination d'une personne unilingue à la charge de lieutenant-gouverneur au Nouveau-Brunswick est jugée inconstitutionnelle, quelle est la réparation appropriée?

DROIT ET ANALYSE

- [14] Les dispositions constitutionnelles devant être examinées par la Cour en l'espèce sont les suivantes :

Loi constitutionnelle de 1982 – Charte canadienne des droits et libertés

Droits et libertés au Canada

1 La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Langues officielles du Nouveau-Brunswick

16(2) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Nouveau-Brunswick; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage **dans les institutions de la Législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick.**

Communautés linguistiques française et anglaise du Nouveau-Brunswick

16.1(1) La communauté linguistique française et la communauté linguistique anglaise du Nouveau-Brunswick ont un statut et des droits et privilèges égaux, **notamment le droit à des institutions d'enseignement distinctes et aux institutions culturelles distinctes nécessaires à leur protection et à leur promotion.**

Travaux de la Législature du Nouveau-Brunswick

17(2) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans les débats et travaux de la Législature du Nouveau-Brunswick.

Documents de la Législature du Nouveau-Brunswick

18(2) 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.

Communications entre les administrés et les institutions du Nouveau-Brunswick

20(2) Le public a, au Nouveau-Brunswick, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec tout bureau des institutions de la législature ou du gouvernement ou pour en recevoir les services.

Recours en cas d'atteinte aux droits et libertés

24(1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Loi constitutionnelle de 1982 – Procédure de modification de la Constitution du Canada

Consentement unanime

41 Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province :

- a) la charge de Reine, celle de gouverneur général et celle de lieutenant-gouverneur[.]

Primauté de la Constitution du Canada

52(1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

[Je souligne.]

Y a-t-il une question justiciable?

[15] La première question sur laquelle la Cour doit se pencher est celle de savoir si elle peut faire la révision de la recommandation que le premier

ministre Trudeau a faite à la gouverneure générale en conseil relativement à la nomination de M^{me} Murphy ou encore du décret en conseil signé par la gouverneure générale nommant M^{me} Murphy. S'agit-il de questions justiciables sur lesquelles notre Cour peut se prononcer? La requérante affirme que, étant donné la nature constitutionnelle des questions soulevées, il est évident que les questions sont justiciables. Les intimés s'opposent à cette assertion en soutenant que l'avis donné par le premier ministre à la gouverneure générale constitue un geste relevant uniquement de l'organe exécutif du gouvernement et n'est pas susceptible de révision par les tribunaux.

- [16] Les intimés renvoient la Cour aux observations de la juge Côté sur la justiciabilité et la séparation des pouvoirs exprimées dans son opinion dissidente dans l'arrêt *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, 2020 CSC 5 (CanLII), où elle indique ce qui suit, au paragraphe 294 :

[294] La justiciabilité s'inscrit dans une volonté de respecter la séparation constitutionnelle des pouvoirs : L. M. Sossin, *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada* (2^e éd. 2012), p. 289. La séparation des pouvoirs prévue dans la Constitution impose différents rôles aux ordres exécutif, législatif et judiciaire : *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, 1985 CanLII 14 (CSC), [1985] 2 R.C.S. 455, p. 469-470. En exerçant sa juridiction, le tribunal doit se conformer à la séparation des pouvoirs en faisant preuve de déférence envers les rôles de l'exécutif et du législatif dans leurs domaines respectifs, de manière à éviter tout empiètement indu sur le rôle institutionnel légitime de chaque organe : *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 29-30. Il est « essentiel » qu'aucun des ordres « n'outrepasse ses limites et que [chacun] respecte de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l'autre » : *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, 1993 CanLII 153 (CSC), [1993] 1 R.C.S. 319, p. 389, la juge McLachlin. La doctrine de la justiciabilité tient compte de ces limites institutionnelles.

[Je souligne.]

- [17] La Cour est consciente de la directive de la juge Côté : l'organe judiciaire doit s'abstenir d'outrepasser « ses limites ». La requérante a présenté à la Cour l'évolution de la jurisprudence canadienne depuis l'adoption de la *Charte*, laquelle a, soutient-on, élargi la portée du pouvoir de contrôle exercé à bon droit par l'organe judiciaire relativement à l'organe exécutif. Bien qu'ils reconnaissent l'évolution de la portée de la réserve qui s'impose depuis l'adoption de la *Charte*, les intimés soutiennent que les mesures exécutives prises dans le contexte des conventions constitutionnelles continuent d'être à l'abri d'un contrôle judiciaire.
- [18] Les intimés renvoient la Cour à la doctrine en matière de droit constitutionnel qui explique la nature et l'importance des conventions constitutionnelles ainsi que leur manque de justiciabilité. En discutant les conventions au chapitre 1.10 de son ouvrage intitulé *Constitutional Law of Canada*, 5^e édition, le professeur Hogg fait l'observation suivante :

[TRADUCTION]

Une caractéristique extraordinaire du système de gouvernement responsable est que ses règles ne sont pas des règles juridiques au sens où elles sont susceptibles d'exécution devant les tribunaux. Elles ne sont que des conventions. L'exercice par la Couronne de sa prérogative est donc régi par des conventions et non par des lois. Les conventions sont le sujet de la prochaine partie du présent chapitre.

1.10 – Conventions

a) – Définition des conventions

Les conventions sont des règles tirées de la constitution dont les tribunaux judiciaires n'assurent pas l'application. Comme les tribunaux judiciaires n'en assurent pas l'application, on les considère au mieux comme des règles non juridiques, mais étant donné qu'elles régissent en fait les mécanismes de la constitution, elles sont importantes pour le constitutionnaliste. Les conventions prescrivent effectivement la façon dont les pouvoirs seront exercés. Certaines conventions ont pour effet de transférer le pouvoir réel d'un détenteur légitime à une autre instance.

Examinons les exemples suivants. 1) La *Loi constitutionnelle de 1867* et de nombreuses lois canadiennes confèrent des pouvoirs étendus au gouverneur général ou au gouverneur général en conseil, mais une convention prévoit que le gouverneur général n'exercera ces pouvoirs qu'en conformité avec les conseils du cabinet ou, dans certains cas, du premier ministre. 2) La *Loi constitutionnelle de 1867* fait de la Reine, ou du gouverneur général, une partie essentielle à toutes les lois fédérales (art. 17) et lui confère expressément le pouvoir de refuser d'accorder la sanction royale à un projet de loi qui a été édicté par les deux Chambres du Parlement (art. 55), mais une convention prévoit que la sanction royale ne doit jamais être refusée.

Si un représentant officiel enfreint une convention, il est alors habituel, en particulier au Royaume-Uni, de qualifier l'acte ou l'omission d'« inconstitutionnel ». Mais il faut distinguer soigneusement l'emploi du terme inconstitutionnel du cas où une règle juridique de la constitution a été enfreinte. Lorsque l'inconstitutionnalité découle d'une violation du droit, le prétendu acte est normalement nul et il existe un recours devant les tribunaux. Mais lorsque l'« inconstitutionnalité » découle simplement d'une violation de convention, la loi n'a pas été violée et il n'existe aucun recours en droit.

[Je souligne.]

- [19] Les intimés affirment que l'avis du premier ministre à la gouverneure générale, ainsi que le décret en conseil en nomination d'une lieutenant-gouverneure qui en a résulté, correspond à l'application d'une convention constitutionnelle et n'est pas susceptible de révision par les tribunaux. Les intimés font valoir que les conventions constitutionnelles sont des règles de procédure politiques plutôt que judiciaires. Les conventions constitutionnelles qui ne soulèvent que des questions politiques devraient être à l'abri d'un contrôle judiciaire. Les intimés renvoient la Cour à la déclaration de la Cour suprême du Canada sur cette question au paragraphe 272 de l'arrêt *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 :

L'objet principal des conventions constitutionnelles est d'assurer que le cadre juridique de la Constitution fonctionnera selon les principes ou valeurs constitutionnelles dominantes de l'époque. Par exemple, la valeur constitutionnelle qui est le pivot des conventions dont on vient de parler et qui se rapportent au gouvernement responsable est le principe

démocratique : les pouvoirs de l'État doivent être exercés conformément aux vœux de l'électorat. La valeur ou [le] principe constitutionnel auquel se rattachent les conventions qui régissent les relations entre les membres du Commonwealth est l'indépendance des anciennes colonies britanniques.

Fondées sur la coutume et les précédents, les conventions constitutionnelles sont habituellement des règles non écrites. Toutefois certaines ont pu être consignées dans les comptes rendus et documents des conférences impériales, dans le préambule des lois tel le *Statut de Westminster, 1931*, ou dans les comptes rendus et documents des conférences fédérales-provinciales. Régulièrement les membres des gouvernements s'y réfèrent et les reconnaissent.

Les règles conventionnelles de la Constitution présentent une particularité frappante. Contrairement au droit constitutionnel, elles ne sont pas administrées par les tribunaux. Cette situation est notamment due au fait qu'à la différence des règles de *common law*, les conventions ne sont pas des règles judiciaires. Elles ne s'appuient pas sur des précédents judiciaires, mais sur des précédents établis par les institutions mêmes du gouvernement.

Elles ne participent pas non plus des ordres législatifs auxquels les tribunaux ont pour fonction et devoir d'obéir et qu'ils doivent respecter. En outre, les appliquer signifierait imposer des sanctions en bonne et due forme si elles sont violées. Mais le régime juridique dont elles sont distinctes ne prévoit pas de sanctions de la sorte pour leur violation.

Peut-être la raison principale pour laquelle les règles conventionnelles ne peuvent être appliquées par les tribunaux est qu'elles entrent généralement en conflit avec les règles juridiques qu'elles postulent. Or les tribunaux sont tenus d'appliquer les règles juridiques. Il ne s'agit pas d'un conflit d'un genre qui entraînerait la perpétration d'illégalités. Il résulte du fait que les règles juridiques créent des facultés, pouvoirs discrétionnaires et droits étendus dont les conventions prescrivent qu'ils doivent être exercés seulement d'une façon limitée, si tant est qu'ils puissent l'être.

[Je souligne.]

- [20] Les intimés invoquent les conclusions tirées par la juge McGillis, de la Cour fédérale, dans l'affaire *Samson c. Canada (Procureur Général)*, 1998 CanLII 8543 (CF), à l'appui de leur position sur la question de la justiciabilité. Dans l'affaire *Samson*, une injonction provisoire avait été demandée afin d'empêcher le gouverneur général du Canada de nommer au Sénat une personne qui n'avait pas été élue, conformément aux dispositions de la loi albertaine intitulée *Senatorial Selection Act*,

S.A. 1989, c. S-11.5. Rejetant la requête, la juge McGillis a expliqué la nature discrétionnaire de ces nominations dans les termes suivants, aux paragraphes 5 et 6 :

[5] En vertu des dispositions expresses et non équivoques des articles 24 et 32 de la Loi constitutionnelle de 1867, le pouvoir du gouverneur général de nommer des personnes ayant les qualités requises au Sénat est purement discrétionnaire. Autrement dit, aucune restriction procédurale ou autre ne limite l'exercice du pouvoir discrétionnaire du gouverneur général, d'origine constitutionnelle, de nommer ces personnes en vertu des articles 24 et 32. Ce pouvoir ne peut être restreint qu'au moyen d'une modification constitutionnelle des articles 24 et 32, qui serait adoptée conformément à la procédure établie à la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans les circonstances, **la Cour ne peut imposer de restriction procédurale ou autre au pouvoir exprès du gouverneur général de nommer des personnes ayant les qualités requises au Sénat, ou autrement entraver l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.** [Voir également *Singh c. Canada*; *Leblanc c. Canada* (1991), 30. R. (3d) 429 (C.A. Ontario); *Reference re Appointment of Senators Pursuant to the Constitution Act, 1867* (1991), 1991 CanLII 405 (BC CA), 78 D.L.R. (4th) 245 (C.A.C.-B.); *Brown v. The Queen in Right of Alberta*, le 28 juillet 1998 (C.B.R. Alberta)]

[6] Le pouvoir constitutionnel du gouverneur général de nommer des personnes ayant les qualités requises au Sénat est également de nature purement politique. En pratique, le gouverneur général exerce son pouvoir de nomination sur l'avis et la recommandation du gouverneur en conseil. Si le gouverneur en conseil fait une recommandation qui ne tient pas compte des élections imminentes qui doivent se tenir en Alberta en vertu des dispositions de la *Senatorial Selection Act* provinciale, il le fait à ses propres risques sur le plan politique. Toutefois, **il s'agit là d'une décision purement politique devant être prise par des politiciens, sans ingérence ni intervention de la Cour.**

[Je souligne.]

[21] La requérante soutient vigoureusement que, dans les circonstances de l'espèce, l'avis ou la recommandation du premier ministre à la gouverneure générale en conseil sont susceptibles de révision par notre Cour s'ils sont jugés inconstitutionnels. En ce sens, la requérante établit une distinction entre la question dont la Cour est actuellement saisie et

celle qui a été étudiée dans l'affaire *Samson*. Dans l'affaire *Samson*, la question en litige découlait d'une allégation de non-respect d'une loi provinciale de l'Alberta. Dans la présente affaire, l'argument soulevé consiste à dire que l'avis ayant mené à la nomination de la lieutenant-gouverneure Murphy n'était pas conforme aux exigences constitutionnelles énoncées dans la *Charte*.

[22] Dans l'arrêt *Black c. Canada (Prime Minister)*, 2001 CanLII 8537 (ON CA), la Cour d'appel de l'Ontario s'est penchée sur la question de la justiciabilité du contrôle des mesures prises par un premier ministre. L'admission de Conrad Black à la Chambre des lords britannique avait été recommandée. Le premier ministre Chrétien est intervenu auprès de la Reine afin de bloquer la nomination au motif qu'elle mènerait à une violation des lois canadiennes étant donné que M. Black était toujours citoyen canadien. La Cour d'appel a convenu avec le tribunal de juridiction inférieure que, en communiquant avec la Reine dans de telles circonstances, le premier ministre Chrétien exerçait sa prérogative, laquelle ne pouvait pas faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Toutefois, la Cour d'appel, dans l'arrêt *Black*, a expliqué qu'il existait des circonstances où l'exercice d'une prérogative est susceptible de contrôle judiciaire, et particulièrement, lorsqu'on allègue des violations de la *Charte*.

[23] L'applicabilité de la *Charte* a fait l'objet d'une discussion dans l'arrêt *Black* bien qu'aucune réparation fondée sur la *Charte* n'ait été

demandée. En discutant des répercussions de l'adoption de la *Charte*, le juge Laskin a déclaré ce qui suit, aux paragraphes 46 et 47 :

[TRADUCTION]

[46] Même cette vision étroite du rôle de la Cour relativement au contrôle de la prérogative doit maintenant être modifiée au Canada en raison de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Aux termes de l'al. 32(1)a), la *Charte* s'applique au Parlement et au gouvernement du Canada pour tous les domaines relevant du Parlement. La prérogative de la Couronne fait partie du pouvoir du Parlement. Par conséquent, si une personne prétend que l'exercice d'une prérogative a violé les droits qui lui sont garantis par la *Charte*, les tribunaux ont le devoir de statuer sur sa prétention. Voir *Operation Dismantle*, précité. Toutefois, M. Black ne présente aucune revendication fondée sur la *Charte*.

[47] Mis à part la *Charte*, la portée grandissante du contrôle judiciaire et de la responsabilité de la Couronne fait en sorte qu'on ne peut plus soutenir que l'exercice d'une prérogative est à l'abri du contrôle judiciaire du simple fait qu'il s'agit d'une prérogative et non d'un pouvoir d'origine législative. La démarche privilégiée est celle adoptée par la Chambre des lords dans l'affaire *Civil Service Unions*, précitée, où elle a souligné que la considération prédominante lorsqu'il s'agit de déterminer si l'exercice d'une prérogative est susceptible de contrôle judiciaire est son objet et non sa source. Si, pour reprendre les propos de lord Roskill, l'objet de la prérogative est [TRADUCTION] « susceptible d'être assujéti au processus judiciaire », il peut faire l'objet d'un contrôle; sinon, il ne le peut pas. Le lord Roskill a fourni de la matière à ce critère de l'objet en matière de susceptibilité au contrôle judiciaire en expliquant que l'exercice de la prérogative se prêtera au processus judiciaire si elle a une incidence sur les droits de personnes. Encore une fois, voici ce qu'il a affirmé, à la p. 417, A.C. :

[TRADUCTION]

Si l'organe exécutif, dans l'exercice d'un pouvoir d'origine législative, agit de manière à porter atteinte aux droits du citoyen, il va sans dire qu'en principe la manière dont ce pouvoir est exercé peut aujourd'hui être contestée pour l'un ou plusieurs des trois motifs que j'ai mentionnés plus tôt dans mon allocution. Si l'organe exécutif, au lieu d'agir en vertu d'un pouvoir d'origine législative, agit en vertu d'une prérogative et, en particulier, une prérogative déléguée à l'intimé en vertu de l'article 4 du décret en conseil de 1982, et qu'il porte atteinte aux droits du citoyen, je suis incapable de concevoir, sous réserve de ce que je m'appête à dire, qu'une quelconque raison logique, expliquant que la source du pouvoir est la prérogative et non la loi, puisse aujourd'hui priver le citoyen de ce droit de contester la manière dont le pouvoir est exercé, droit qu'il posséderait s'il s'agissait d'un pouvoir d'origine législative. Dans un cas comme dans l'autre, l'acte en question est l'acte de l'exécutif.

[Je souligne.]

[24] Dans l'arrêt *Operation Dismantle c. La Reine*, 1985 CanLII 74 (CSC), [1985] 1 R.C.S. 441, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur la question de savoir si la contestation fondée sur l'article 7 de la *Charte* d'une décision du Cabinet fédéral autorisant les États-Unis à procéder à des essais de missiles de croisière en territoire canadien était justiciable. Bien que la Cour suprême du Canada ait rejeté le pourvoi et confirmé les décisions des tribunaux d'instances inférieures selon lesquelles l'exposé de la demande devait être radié, elle a confirmé l'obligation imposée aux tribunaux de réviser les mesures prises par l'organe exécutif du gouvernement s'il est allégué que ces mesures ont violé les droits constitutionnels de citoyens canadiens. En confirmant ce principe général, le juge Dickson (tel était alors son titre) a déclaré ce qui suit à la page 447 :

[[TRADUCTION]

La Cour suprême du Canada a confirmé, tôt dans la vie de la *Charte canadienne des droits et libertés*, que les mesures prises par l'organe exécutif du gouvernement étaient susceptibles de révision par l'organe judiciaire lorsqu'il est allégué que ces mesures sont inconstitutionnelles.]

[...] J'en suis venu à la conclusion que le lien causal entre les actes du gouvernement canadien et la violation alléguée des droits des appelants aux termes de la *Charte* est simplement trop incertain, trop conjectural et trop hypothétique pour étayer une cause d'action. Ainsi, quoique les décisions du cabinet fédéral soient assujetties au contrôle judiciaire en vertu de la *Charte* et que le gouvernement ait l'obligation générale d'agir conformément aux préceptes de la *Charte*, l'art. 7 de la *Charte* ne lui impose aucune obligation de ne pas autoriser les essais du missile de croisière.

[Je souligne.]

[25] La juge Wilson a aussi traité du rôle de la Cour lorsqu'elle examine des décisions prises par l'organe exécutif dans l'exercice de la prérogative

royale dans l'arrêt *Operation Dismantle*, aux pages 463, 464, 471 et 472 :

Les intimés soutiennent qu'en *common law* le pouvoir de conclure des accords internationaux (comme celui qui a été conclu avec les États-Unis pour autoriser les essais) relève de la prérogative de la Couronne et que tant en *common law* qu'en vertu de l'art. 15 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il en est de même des décisions relatives à la défense nationale. Ils font en outre valoir qu'étant donné que l'al. 32(1)a) de la *Charte* s'applique « au Parlement et au gouvernement du Canada pour tous les domaines relevant du Parlement », l'application de la *Charte* doit, lorsque le gouvernement est en cause, être restreinte à l'exercice de pouvoirs découlant directement de la loi. Elle ne peut donc s'appliquer à un exercice de la prérogative royale qui est une source de pouvoir existant indépendamment du Parlement; autrement, soutient-on, la réserve « relevant du Parlement » perdrait tout effet. La réponse à cet argument me semble être que cette réserve, comme son pendant « relevant de cette législature » [la législature de chaque province] à l'al. 32(1)b), n'est qu'un renvoi au partage des compétences prévu aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ils décrivent les matières à l'égard desquelles le Parlement du Canada peut légiférer ou le gouvernement du Canada peut agir en tant qu'exécutif. Comme le juge Le Dain le note, la prérogative royale est un domaine « relevant du Parlement » en ce sens que le Parlement détient la compétence pour légiférer sur des matières relevant de son domaine. **Comme il n'existe aucune raison de principe de distinguer entre les décisions du cabinet prises en vertu de la loi et celles prises dans l'exercice de la prérogative royale, et comme les premières relèvent manifestement de la Charte, je conclus que c'est le cas aussi pour les dernières.**

[...]

Il est opportun à ce stade de nous rappeler la question que doit trancher la Cour. Il est vrai, bien entendu, que le Parlement fédéral détient une compétence législative exclusive en matière de défense en vertu du par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et aussi que l'Exécutif fédéral possède les pouvoirs que lui confèrent les art. 9 à 15 de cette loi. En conséquence, s'il était simplement demandé à la Cour d'exprimer une opinion sur la sagesse de l'exercice des pouvoirs de l'Exécutif en matière de défense en l'espèce, la Cour devrait refuser d'y répondre. Elle ne peut substituer son opinion à celle de l'Exécutif à qui la Constitution attribue le pouvoir décisionnel. Comme l'effet de l'action des appelants est d'attaquer la sagesse de la politique du gouvernement en matière de défense, il est tentant de dire que la Cour devrait de la même façon refuser de s'en mêler. Toutefois, je pense que ce serait là une erreur, ce serait contourner la question dont nous sommes saisis. **La question dont nous sommes saisis n'est pas de savoir si la politique du gouvernement en matière de défense est saine, mais plutôt de savoir si elle viole les droits des appelants que garantit l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés. C'est là une question totalement différente. Je pense qu'il ne fait aucun doute qu'il s'agit là d'une question relevant des tribunaux. D'ailleurs, le par. 24(1) de la Charte, qui fait aussi partie de la Constitution, dit clairement qu'« un tribunal compétent » a la responsabilité de**

statuer sur cette question. Si le tribunal a le droit d'imposer la réparation qu'il « estime convenable et juste eu égard aux circonstances », je ne pense pas qu'il puisse décliner sa compétence parce que le litige serait en soi non justiciable des tribunaux ou parce qu'il met en cause une prétendue « question politique » : voir Martin H. Redish, « Abstention, Separation of Powers, and the Limits of the Judicial Function », 94 *Yale L.J.* 71 (1984).

Donc je conclus que si nous devons rechercher dans la Constitution la réponse à la question de savoir s'il est approprié que les tribunaux « prétent des intentions » à l'Exécutif en matière de défense, nous concluons que non. Mais si on nous demande de décider si un acte spécifique de l'Exécutif porte atteinte aux droits des citoyens, non seulement est-il approprié que nous répondions à la question, mais c'est notre devoir en vertu de la *Charte* d'y répondre.

[Je souligne.]

[26] Les tribunaux canadiens se sont déjà penchés sur la question de savoir si l'avis que le premier ministre donne au gouverneur général est justiciable lorsqu'on allègue que l'avis en soi est contraire à la *Charte*. Dans l'arrêt *Conacher c. Canada (Premier Ministre)*, 2010 CAF 131 (CanLII), 4 R.C.F. 22, le juge Stratas (tel était alors son titre) a confirmé le rejet par la Cour fédérale d'une requête en révision judiciaire. Les appelants soutenaient que l'avis que M. Harper, alors premier ministre, avait donné à la gouverneure générale pendant l'été 2008 de proroger le Parlement et de fixer la date des élections en octobre 2008 violait les dispositions en matière de fixation des dates prévues pour la tenue des élections fédérales à l'article 56.1 de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9.

[27] Le juge Stratas a jugé que la *Loi électorale du Canada* n'avait pas pour effet d'interdire à la gouverneure générale d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 50 de la *Loi constitutionnelle de*

1867 et de proroger le Parlement. Le juge Stratas a de plus conclu que, compte tenu des circonstances, l'avis du premier ministre donné à la gouverneure générale ne violait pas l'article 3 de la *Charte*. En expliquant cette décision, le juge Stratas a déclaré ce qui suit au paragraphe 11 :

[11] De même, nous sommes d'accord avec la Cour fédérale que la décision du premier ministre de conseiller la gouverneure générale n'a pas porté atteinte au droit de tous les citoyens de participer à des élections justes en application de l'article 3 de la *Charte*. À cet égard, les appelants ont allégué que la décision du premier ministre a eu pour effet de déclencher des élections avant le moment prévu au paragraphe 56.1(2) et que ceci pourrait avoir porté préjudice à la campagne de certains partis politiques. Dans la mesure où ces actes pourraient avoir violé l'article 3 de la *Charte*, du point de vue juridique, c'est la gouverneure générale qui a déclenché les élections et non le premier ministre. **De plus, à cet égard, les partis politiques qui auraient été touchés par cette décision ne se trouvent pas devant cette Cour. Nous nous interrogeons sur la qualité pour agir des appelants dans le cadre d'une action visant à défendre les droits de ces tiers en vertu de l'article 3; ces parties sont bien placées pour intenter eux-mêmes ces poursuites** : *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 1992 CanLII 116 (CSC), [1992] 1 R.C.S. 236, p. 254 à 256.

[Je souligne.]

[28] Le juge Stratas a aussi eu l'occasion d'examiner la portée des questions justiciables dans le contexte des prérogatives royales fédérales dans l'arrêt *Première Nation des Hupacasath c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*, 2015 CAF 4 (CanLII), où il a déclaré ce qui suit, aux paragraphes 60 à 63 :

[60] Se fondant sur *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, aux paragraphes 36 et 37, et *Operation Dismantle c. La Reine*, 1985 CanLII 74 (CSC), [1985] 1 S.C.R. 441, le Canada fait valoir au soutien de sa prétention que les exercices de prérogative pure de la Couronne fédérale ne sont susceptibles de contrôle que lorsque des droits garantis par la Charte sont en cause.

[61] **Il est vrai qu'on peut invoquer ces arrêts au soutien du principe restreint selon lequel les affaires fondées sur la Charte sont justiciables, peu importe la nature de l'action gouvernementale visée, qu'il s'agisse de prérogative royale ou d'autre chose.** Ces arrêts ne permettent cependant pas d'affirmer de manière plus large

qu'aucun autre exercice de prérogative royale ne relève de la compétence des cours de justice. En fait, certains autres exercices sont justiciables, comme je vais le démontrer.

[62] Le caractère justiciable, parfois désigné l'« objection fondée sur des questions de politique », a trait à la capacité d'une cour d'examiner une question qui lui est soumise et à l'opportunité d'un tel examen. Certaines questions sont de nature si politique que les cours de justice sont incapables d'en traiter ou sont mal placées pour le faire, ou ne devraient pas les examiner eu égard à la ligne de démarcation traditionnelle à respecter entre les pouvoirs des tribunaux et des autres branches de l'État.

[63] **Pour savoir si la question dont la Cour est saisie est justiciable, la question de la source du pouvoir du gouvernement n'est pas pertinente** (*R. v. Ministry of Defence, ex parte Smith*, [1995] 4 All E.R. 427, conf. par [1996] Q.B. 517, [1996] 1 All E.R. 257 (C.A.)). **Depuis un certain temps déjà, on considère qu'aux fins de contrôle judiciaire, il n'y a pas de distinction de principe à faire entre les sources de pouvoir, qu'il s'agisse d'une loi ou d'une prérogative** (*Council of Civil Service Unions*, précité). Je souscris au passage suivant des commentaires formulés par lord Roskill dans cet arrêt (à la page 417, A.C.) :

[TRADUCTION]

Si l'exécutif, dans l'exercice d'un pouvoir d'origine légale, fait un acte qui porte atteinte aux droits du citoyen, il ne fait aucun doute qu'en principe la manière dont ce pouvoir est exercé peut être contestée pour l'un des trois motifs [...]. Si l'exécutif, au lieu d'agir en vertu d'un pouvoir légal, agit en vertu d'une prérogative [...] je suis incapable de concevoir [...] une quelconque raison logique pour laquelle le fait que la source du pouvoir est la prérogative et non la loi priverait le citoyen de ce droit de contester la manière dont le pouvoir est exercé, droit qu'il posséderait si la source du pouvoir était légale. Dans un cas comme dans l'autre, l'acte en question est l'acte de l'exécutif.

[Je souligne.]

[29] Ayant passé en revue l'évolution de la jurisprudence canadienne depuis *Operation Dismantle*, il semble être maintenant bien établi en droit que toute action gouvernementale, dont l'exercice de prérogatives, est susceptible de révision par les tribunaux lorsque des droits garantis par la *Charte* sont invoqués à juste titre. Dans l'arrêt *Conacher*, le juge Stratas a jugé que les personnes qui auraient subi une atteinte aux droits leur

étant garantis par l'article 3 de la *Charte* n'étaient pas parties au litige devant la Cour. De même, dans l'arrêt *Black*, la Cour a confirmé que les actes d'un premier ministre qui portent atteinte aux droits que la *Charte* garantit à une personne seraient susceptibles de contrôle judiciaire. Toutefois, aucune réparation fondée sur la *Charte* n'était demandée dans l'affaire *Black*.

[30] La capacité d'un tribunal d'examiner l'[TRADUCTION] « avis » d'un premier ministre a récemment fait l'objet d'une analyse au Royaume-Uni par suite de la demande présentée par le premier ministre Johnson à la reine Elizabeth II en vue de proroger le Parlement en 2019 pendant la crise du « Brexit ». Dans l'affaire *Miller c. Prime Minister*, [2019] UKSC 41, la Cour suprême du Royaume-Uni a jugé que l'[TRADUCTION] « avis » du premier ministre Johnson à la Reine était une question justiciable et a conclu en fin de compte qu'il était inconstitutionnel. Expliquant son raisonnement, la Cour a noté ce qui suit, au paragraphe 69 :

[TRADUCTION]

[69] Par conséquent, notre Cour n'est pas empêchée par l'art. 9 ou par un autre privilège parlementaire plus large d'examiner la validité de la prorogation elle-même. **La façon logique d'aborder cette question est de commencer au début, avec l'avis qui y a mené. Cet avis était illégal. Il était à l'extérieur du champ de compétence du premier ministre de le donner. Cela signifie qu'il était nul et inopérant** : voir, si un précédent est nécessaire, *R (UNISON) v. Lord Chancellor*, [2017] UKSC 51, par. 119. **L'avis a mené au décret en conseil, lequel, étant fondé sur un avis illégal, était tout aussi illégal, nul et inopérant et doit être annulé.** Cela a mené à la prorogation comme telle, alors que c'était comme si les commissaires étaient entrés dans le Parlement avec une feuille de papier vierge. Elle aussi était illégale, nulle et inopérante.

[Je souligne.]

[31] Invoquant la procédure adoptée par la Cour dans l'arrêt *Miller*, la requérante soutient que, dans les circonstances de l'espèce, la question de l'avis ou de la recommandation présenté par le premier ministre Trudeau à la gouverneure générale en conseil est pareillement justiciable. De plus, la requérante affirme que, si la Cour acceptait que l'avis du premier ministre était effectivement inconstitutionnel, cette conclusion rendrait inconstitutionnel le décret en conseil qui en a découlé.

[32] Les intimés mettent en garde la Cour quant à l'applicabilité de l'affaire *Miller* à la présente cause en soulignant le fait que la Cour a reconnu, dans l'arrêt *Miller*, qu'il s'agissait d'un [TRADUCTION] « cas exceptionnel ». La méthode adoptée par la Cour suprême du Royaume-Uni semble, à première vue, constituer un précédent convaincant à l'appui de la position de la requérante voulant que, si un premier ministre exerce une prérogative ou donne un avis en vue de mettre en œuvre une décision de l'organe exécutif qui est en soi inconstitutionnelle, toute mesure ou nomination qui découle de cet avis est de même inconstitutionnelle. Toutefois, la situation de fait dans l'affaire *Miller* était plutôt unique et diffère considérablement du contexte factuel encadrant les questions dont la Cour est saisie. À mon avis, la jurisprudence appropriée, qui indique clairement la compétence de la Cour à examiner des questions découlant d'atteintes présumées à des droits garantis par la *Charte* du fait d'une mesure ou d'une décision

gouvernementale, quelle qu'en soit la nature, se trouve dans le courant jurisprudentiel émanant de l'arrêt *Operation Dismantle*.

[33] Compte tenu de l'ensemble des circonstances de la présente affaire et, en particulier, du fait que les questions soulevées devant la Cour exigent effectivement une analyse de la question de savoir si la mesure de l'organe exécutif nommant un lieutenant-gouverneur unilingue anglophone porte atteinte aux droits constitutionnellement reconnus aux Néo-Brunswickois francophones, je suis d'avis que ces questions sont justiciables. Il ne s'agit pas ici d'une cause comme l'affaire *Samson*, où on alléguait la violation d'une loi provinciale, ou comme l'affaire *Conacher*, où la *Loi électorale du Canada* avait été examinée. En l'espèce, les questions soulevées impliquent une analyse de droits garantis par la *Charte* et, par conséquent, la Cour non seulement peut se pencher sur ces questions, mais elle a aussi l'obligation de le faire. La première question à trancher en l'espèce obtient donc une réponse affirmative : les questions soumises à la Cour dans la présente requête sont justiciables.

La nomination d'un lieutenant-gouverneur unilingue au Nouveau-Brunswick est-elle inconstitutionnelle?

[34] Si on analyse la portée des droits linguistiques conférés aux citoyens du Nouveau-Brunswick par la *Charte* ainsi que par la *Loi sur les langues officielles* fédérale et son équivalent provincial, il est possible de tirer d'importantes orientations de la discussion détaillée du contexte historique

de ces protections constitutionnelles que le juge en chef Daigle (tel était alors son titre) a faite dans l'arrêt *Charlebois c. Mowat*, 2001 NBCA 117 (CanLII), aux paragraphes 7 à 11 :

[7] **Le Nouveau-Brunswick est officiellement bilingue. C'est d'ailleurs la seule province officiellement bilingue au Canada.** D'autres provinces reconnaissent certains droits linguistiques et sont assujetties à certaines obligations découlant de textes législatifs ou constitutionnels mais aucune ne s'est proclamée bilingue. **Sur le plan juridique, la province du Nouveau-Brunswick est bilingue parce qu'elle confère dans sa législation et dans la Constitution le statut de langues officielles à deux langues, l'anglais et le français. Également elle y consacre le principe de l'égalité des langues officielles.**

[8] En effet, l'histoire récente des trente dernières années nous enseigne que les gouvernements qui se sont succédé au Nouveau-Brunswick ont, à quatre reprises au cours de cette période, adopté des lois relatives aux droits linguistiques ou ont inscrit dans la Constitution canadienne des garanties linguistiques qui ont pour effet de doter la province d'un régime constitutionnel en matière de droits linguistiques tout à fait particulier au Nouveau-Brunswick et unique au pays. **Ces mesures législatives et constitutionnelles imposent, bien entendu, des obligations à la province qui lui sont aussi particulières.**

[9] Bref, faisant figure de pionnière, la province a d'abord adopté en 1969 la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, L.R.N.-B. 1973, c. O-1, qui reconnaît à l'anglais et au français un statut égal de droits et de privilèges dans tout le champ de compétence provinciale, et prévoit l'exercice de certains droits linguistiques spécifiques. En 1981, le gouvernement provincial adopte la *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*, L.N.-B. 1981, c. O-1.1. Cette loi reconnaît officiellement l'existence et l'égalité des deux communautés de langue officielle. **L'année suivante étant l'époque où le gouvernement fédéral procédait en 1982 au rapatriement de la Constitution canadienne et à l'adoption de la Charte canadienne des droits et libertés, les autorités gouvernementales du Nouveau-Brunswick font inscrire en même temps dans la Charte certains droits linguistiques qui s'appliquent spécifiquement aux institutions de la Législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick. Ces droits linguistiques sont garantis aux par. 16(2) à 20(2) de la Charte. Enfin, le gouvernement provincial, par voie de modification constitutionnelle prévue à l'art. 43 de la Loi constitutionnelle de 1982, constitutionnalise en 1993 les principes de la Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick adoptée par l'Assemblée législative en 1981. Cette disposition devient l'art. 16.1 de la Charte et contient la déclaration d'égalité des deux communautés linguistiques anglophone et francophone et définit le rôle de protection et de promotion de l'égalité de statut des communautés linguistiques officielles qui est expressément confié à la législature et au gouvernement du Nouveau-Brunswick.**

[10] Le régime de bilinguisme que la loi établit au Nouveau-Brunswick n'est pas un bilinguisme personnel puisqu'il ne vise pas l'acquisition des deux langues officielles par les individus. Il s'agit plutôt d'un bilinguisme institutionnel qui vise l'utilisation de deux langues par la province et certaines de ses institutions dans la prestation des services publics. Sous un tel régime, l'individu a le choix d'utiliser soit l'anglais ou le français dans ses rapports avec les institutions gouvernementales. Par ailleurs, certaines activités de l'État doivent obligatoirement se dérouler dans les deux langues; par exemple, le bilinguisme législatif.

[11] Vu l'importance que revêtent dans l'histoire de cette province les interventions législatives et constitutionnelles en matière de droits linguistiques que je viens de décrire, il me semble tout indiqué de rappeler, comme l'affirme la jurisprudence canadienne relative aux droits linguistiques, que la reconnaissance du statut des langues officielles est un acte à la fois juridique et politique. Sur le plan politique, la reconnaissance du principe constitutionnel d'égalité des langues officielles au Nouveau-Brunswick est l'expression d'un choix politique fondamental qui découle d'un compromis survenu entre les deux communautés de langue officielle reconnues dans cette province. Sur le plan juridique, il incombe aux tribunaux d'apprécier l'étendue des droits linguistiques garantis dans la Charte en faisant appel tout autant à l'histoire et aux sources de ces droits pour en dégager l'objet et la portée qu'aux textes constitutionnels eux-mêmes. La considération de l'évolution historique des droits de la minorité au Nouveau-Brunswick est l'une des exigences qui ressort de l'application de la méthode d'interprétation large et libérale qu'il convient d'adopter dans la présente affaire.

[Je souligne.]

[35] Il n'est pas facile de répondre à la question de savoir si la Constitution canadienne exige que le lieutenant-gouverneur du Nouveau-Brunswick soit bilingue. Cette question comporte de nombreux éléments qui doivent être soigneusement pondérés et examinés. Il est utile d'entamer l'analyse par un examen du rôle du lieutenant-gouverneur dans le cadre du processus démocratique canadien.

[36] Les intimés renvoient la Cour à la judicieuse explication du gouvernement responsable présentée par le professeur Hogg dans son ouvrage intitulé

Constitutional Law of Canada, 5^e éd., à la rubrique 9.1, qui vise notamment les rôles des lieutenants-gouverneurs en contexte canadien :

[TRADUCTION]

L'expression « gouvernement responsable » (ou gouvernement de cabinet ou parlementaire) est l'expression employée pour décrire le régime de gouvernement qui a évolué au Royaume-Uni et qui a été exporté aux colonies britanniques, dont celles de l'Amérique du Nord britannique. Dans un système de gouvernement responsable, il existe une « branche exécutive double », composée d'un chef d'État officiel et d'un chef d'État politique. La chef d'État officielle du Canada est la Reine, mais celle-ci est représentée au Canada par le gouverneur général du Canada et les lieutenants-gouverneurs des provinces. Au Canada, la Reine exerce rarement son pouvoir, sauf pour certains actes qu'elle accomplit à l'occasion de visites royales. La plupart du temps, le rôle de chef d'État officiel est joué sur le plan national par le gouverneur général et sur le plan provincial par les lieutenants-gouverneurs. Le chef d'État *politique* du Canada est le premier ministre, qui est le chef du parti qui détient la majorité des sièges élus à la Chambre des communes. Au provincial, le premier ministre est le chef du parti qui détient la majorité des sièges élus à l'assemblée législative.

Le chef d'État officiel retient de nombreuses fonctions, dont la plus importante est d'accorder la sanction royale aux projets de loi qui ont été édictés par les Chambres du Parlement ou les assemblées législatives provinciales. Toutefois, dans un système de gouvernement responsable, le chef d'État officiel doit presque toujours agir selon « l'avis » (c'est-à-dire les directives) du chef d'État politique. De cette manière, les formes de gouvernement monarchique sont retenues, mais le vrai pouvoir est exercé par les politiciens élus qui donnent leur avis à la Reine et à ses représentants. Dans une démocratie, il serait évidemment inadmissible que le vrai pouvoir du gouvernement soit détenu par un représentant non élu, que ce soit un roi, une reine, un gouverneur général ou un lieutenant-gouverneur. Dans un système de gouvernement responsable, le vrai pouvoir est transféré au premier ministre élu. La Reine, le gouverneur général et les lieutenants-gouverneurs, qui ne sont pas des représentants élus, n'exercent aucune initiative ni aucun pouvoir discrétionnaire personnel dans l'exercice des pouvoirs normaux du gouvernement. (Il existe certains « pouvoirs de réserve », ou « prérogatives personnelles », qui sont exercés par le gouverneur général ou les lieutenants-gouverneurs à leur propre discrétion, mais ils ne s'appliquent que dans des circonstances exceptionnelles, lorsque le premier ministre du pays ou d'une province ne détient plus une majorité des sièges de la Chambre des communes ou de l'assemblée législative.)

[Je souligne.]

[37] L'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982 a constitutionnalisé l'égalité du statut, des droits et des privilèges des deux

langues officielles et des deux communautés linguistiques du Nouveau-Brunswick. Il ne fait aucun doute que la Constitution canadienne ait préséance sur tout autre texte législatif provincial ou fédéral. Il est peut-être utile de répéter le droit énoncé aux paragraphes 16(2), 16.1(1) et 20(2) de la *Charte* :

Langues officielles du Nouveau-Brunswick

16(2) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Nouveau-Brunswick; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions de la Législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick.

Communautés linguistiques française et anglaise du Nouveau-Brunswick

16.1(1) La communauté linguistique française et la communauté linguistique anglaise du Nouveau-Brunswick ont un statut et des droits et privilèges égaux, notamment le droit à des institutions d'enseignement distinctes et aux institutions culturelles distinctes nécessaires à leur protection et à leur promotion.

Communications entre les administrés et les institutions du Nouveau-Brunswick

20(2) Le public a, au Nouveau-Brunswick, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec tout bureau des institutions de la législature ou du gouvernement ou pour en recevoir les services.

[Je souligne.]

[38] La requérante soutient que la nomination d'un lieutenant-gouverneur unilingue au Nouveau-Brunswick est contraire à la *Charte* pour les raisons suivantes :

- 1) Le paragraphe 16(2) de la *Charte* confirme que le français et l'anglais sont les langues officielles du Nouveau-Brunswick et qu'ils ont un statut et des droits et privilèges égaux dans la législature et le gouvernement;

2) Les paragraphes 16.1(1) et (2) de la *Charte* sont censés protéger et promouvoir l'égalité des deux langues et des deux communautés linguistiques du Nouveau-Brunswick;

3) Le paragraphe 20(2) de la *Charte* confirme que le public a, au Nouveau-Brunswick, le droit à l'emploi de la langue de son choix pour communiquer avec tout bureau des institutions de l'assemblée législative ou du gouvernement.

[39] La Cour suprême du Canada a éloquentement présenté la méthode à suivre dans l'analyse de principes constitutionnels dans l'arrêt *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, 1998 CanLII 793 (CSC), [1998] 2 R.C.S. 217, où elle a déclaré ce qui suit, aux paragraphes 49 à 53 :

49 Quels sont ces principes fondamentaux? Notre Constitution est principalement une Constitution écrite et le fruit de 131 années d'évolution. Derrière l'écrit transparaissent des origines historiques très anciennes qui aident à comprendre les principes constitutionnels sous-jacents. Ces principes inspirent et nourrissent le texte de la Constitution : ils en sont les prémisses inexprimées. **L'analyse qui suit traite des quatre principes constitutionnels fondamentaux qui intéressent le plus directement le présent renvoi : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des droits des minorités. Ces principes déterminants fonctionnent en symbiose. Aucun de ces principes ne peut être défini en faisant abstraction des autres, et aucun de ces principes ne peut empêcher ou exclure l'application d'aucun autre.**

50 Notre Constitution a une architecture interne, ce que notre Cour à la majorité, dans *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, 1987 CanLII 71 (CSC), [1987] 2 R.C.S. 2, à la p. 57, a appelé une « structure constitutionnelle fondamentale ». Chaque élément individuel de la Constitution est lié aux autres et doit être interprété en fonction de l'ensemble de sa structure. Dans le récent *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, nous avons souligné que certains grands principes imprègnent la Constitution et lui donnent vie. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, à la p. 750, nous avons dit de la primauté du droit que ce « principe est nettement implicite de par la nature même d'une constitution ». On peut dire la même chose des trois autres principes constitutionnels analysés ici.

51 Bien que ces principes sous-jacents ne soient pas expressément inclus dans la Constitution, en vertu d'une disposition écrite, sauf pour certains par une allusion indirecte dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il serait impossible de concevoir notre structure constitutionnelle sans eux. Ces principes ont dicté des aspects majeurs de l'architecture même de la Constitution et en sont la force vitale.

52 Ces principes guident l'interprétation du texte et la définition des sphères de compétence, la portée des droits et obligations ainsi que le rôle de nos institutions politiques. **Fait tout aussi important, le respect de ces principes est indispensable au processus permanent d'évolution et de développement de notre Constitution, cet [TRADUCTION] « arbre vivant »** selon la célèbre description de l'arrêt *Edwards c. Attorney-General for Canada*, 1929 CanLII 438 (UK JCPC), [1930] A.C. 124 (C.P.), à la p. 136. Notre Cour a indiqué dans *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, 1993 CanLII 153 (CSC), [1993] 1 R.C.S. 319, que les Canadiens reconnaissent depuis longtemps l'existence et l'importance des principes constitutionnels non écrits de notre système de gouvernement.

53 Étant donné l'existence de ces principes constitutionnels sous-jacents, de quelle façon notre Cour peut-elle les utiliser? Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, aux par. 93 et 104, nous avons apporté la réserve que la reconnaissance de ces principes constitutionnels (l'opinion majoritaire parle de « principes structurels » et décrit l'un d'eux, l'indépendance de la magistrature, comme une norme non écrite) n'est pas une invitation à négliger le texte écrit de la Constitution. Bien au contraire, nous avons réaffirmé qu'il existe des raisons impératives d'insister sur la primauté de notre Constitution écrite. Une constitution écrite favorise la certitude et la prévisibilité juridiques, et fournit les fondements et la pierre de touche du contrôle judiciaire en matière constitutionnelle. Nous avons toutefois signalé dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* avait pour effet d'incorporer par renvoi certains principes constitutionnels, proposition affirmée auparavant par l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, 1985 CanLII 14 (CSC), [1985] 2 R.C.S. 455, aux pp. 462 et 463. **Dans le Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale, au par. 104, nous avons statué que le préambule « invite les tribunaux à transformer ces principes en prémisses d'une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel ».**

[Je souligne.]

- [40] Dans l'arrêt *R. c. Beaulac*, 1999 CanLII 681 (CSC), [1999] 1 R.C.S. 768, le juge Bastarache a énoncé la méthode fondée sur l'objet applicable à

l'interprétation des droits linguistiques et a déclaré ce qui suit, au paragraphe 24 :

24 Même si les droits linguistiques constitutionnels découlent d'un compromis politique, ceci n'est pas une caractéristique qui s'applique uniquement à ces droits. A. Riddell, dans « À la recherche du temps perdu : la Cour suprême et l'interprétation des droits linguistiques constitutionnels dans les années 80 » (1988), 29 *C. de D.* 829, à la p. 846, souligne que l'adoption des art. 7 et 15 de la *Charte* résulte aussi d'un compromis politique et soutient, à la p. 848, que l'histoire constitutionnelle du Canada ne fournit aucune raison de penser qu'un tel compromis politique exige une interprétation restrictive des garanties constitutionnelles. Je conviens que l'existence d'un compromis politique n'a aucune incidence sur l'étendue des droits linguistiques. L'idée que le par. 16(3) de la *Charte*, qui a officialisé la notion de progression vers l'égalité des langues officielles du Canada exprimée dans l'arrêt *Jones*, précité, limite la portée du par. 16(1) doit également être rejetée. Ce paragraphe confirme l'égalité réelle des droits linguistiques constitutionnels qui existent à un moment donné. L'article 2 de la *Loi sur les langues officielles* a le même effet quant aux droits reconnus en vertu de cette loi. **Ce principe d'égalité réelle a une signification. Il signifie notamment que les droits linguistiques de nature institutionnelle exigent des mesures gouvernementales pour leur mise en œuvre et créent, en conséquence, des obligations pour l'État; voir *McKinney c. Université de Guelph*, 1990 CanLII 60 (CSC), [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 412; *Haig c. Canada*, 1993 CanLII 58 (CSC), [1993] 2 R.C.S. 995, à la p. 1038; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, 1987 CanLII 88 (CSC), [1987] 1 R.C.S. 313; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 1997 CanLII 327 (CSC), [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 73; *Mahe*, précité, à la p. 365. Il signifie également que l'exercice de droits linguistiques ne doit pas être considéré comme exceptionnel, ni comme une sorte de réponse à une demande d'accommodement.** Cela dit, il faut noter que la présente affaire ne porte pas sur la possibilité que des droits linguistiques d'origine constitutionnelle soient en conflit avec des droits particuliers prévus par la loi.

[Je souligne.]

[41] Depuis l'arrivée de la *Charte* dans le paysage constitutionnel, les tribunaux ont invariablement confirmé que le concept des droits et de l'égalité linguistiques entre les deux communautés linguistiques officielles s'étend bien au-delà de la simple langue parlée ou écrite. La Cour suprême du Canada a énoncé ce principe avec éloquence dans l'arrêt

Ford c. Québec (procureur général), [1988] 2 R.C.S. 712, aux paragraphes 39 et 40 :

39. Pour les fins de cette question, il convient de prêter le même sens aux mots « liberté d'expression » employés à l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et à l'art. 3 de la *Charte* québécoise. Nous avons déjà signalé que la Cour supérieure et la Cour d'appel ont conclu que la liberté d'expression comprend la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix. Le juge Boudreault de la Cour supérieure fait ressortir le rapport essentiel entre expression et langue en se référant à leurs définitions dans les dictionnaires, et affirme que la langue est nécessaire à l'expression dans sa forme courante ou générale. En Cour d'appel, le juge Bisson souscrit aux motifs du juge Boudreault sur ce point et exprime sa propre opinion en posant la question suivante : « Y a-t-il plus pure forme de liberté d'expression que la langue parlée et la langue écrite? » Pour soutenir sa conclusion, il cite la déclaration suivante faite par cette Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la p. 744 : **« L'importance des droits en matière linguistique est fondée sur le rôle essentiel que joue la langue dans l'existence, le développement et la dignité de l'être humain. C'est par le langage que nous pouvons former des concepts, structurer et ordonner le monde autour de nous. Le langage constitue le pont entre l'isolement et la collectivité, qui permet aux êtres humains de délimiter les droits et obligations qu'ils ont les uns envers les autres, et ainsi, de vivre en société. »**

40. La conclusion de la Cour supérieure et de la Cour d'appel sur cette question est exacte. La langue est si intimement liée à la forme et au contenu de l'expression qu'il ne peut y avoir de véritable liberté d'expression linguistique s'il est interdit de se servir de la langue de son choix. **Le langage n'est pas seulement un moyen ou un mode d'expression. Il colore le contenu et le sens de l'expression. Comme le dit le préambule de la Charte de la langue française elle-même, c'est aussi pour un peuple un moyen d'exprimer son identité culturelle.** C'est aussi le moyen par lequel un individu exprime son identité personnelle et son individualité. Que le concept d'« expression » utilisé à l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et à l'art. 3 de la *Charte* québécoise aille au-delà du simple contenu de l'expression ressort de la protection spécifiquement accordée à la « liberté de pensée, de croyance [et] d'opinion » à l'art. 2 et à la « liberté de conscience » et à la « liberté d'opinion » à l'art. 3. Cela nous permet de penser que la « liberté d'expression » est censée englober plus que le contenu de l'expression au sens étroit.

[Je souligne.]

[42] La Cour doit résoudre la question de savoir si les droits linguistiques de nature institutionnelle constitutionnalisés dans la *Charte* ont été violés en

conséquence de la nomination d'une lieutenant-gouverneure unilingue au Nouveau-Brunswick. Afin de répondre à cette question, il est essentiel de déterminer si le rôle de lieutenant-gouverneur exige le bilinguisme du titulaire de la charge, et non seulement le bilinguisme au sein de la charge qu'il ou elle occupe. Cette question a toujours été tranchée de façon étroite par les tribunaux canadiens. La jurisprudence canadienne établit clairement que l'égalité des deux langues officielles constitutionnalisée dans la *Charte* impose des obligations aux « institutions » du gouvernement ainsi qu'à l'organe législatif, mais qu'elle ne s'étend pas aux personnes qui y travaillent.

[43] La *Loi sur les langues officielles* du Nouveau-Brunswick présente une définition utile du terme « institution » que voici :

« institution » désigne les institutions de l'Assemblée législative et du gouvernement du Nouveau-Brunswick, les tribunaux, tout organisme, bureau, commission, conseil, office ou autre créés afin d'exercer des fonctions de l'État sous le régime d'une loi provinciale ou en vertu des attributions du lieutenant[-]gouverneur en conseil, les ministères, les Sociétés de la Couronne créées sous le régime d'une loi provinciale et tout autre organisme désigné à titre de mandataire de Sa Majesté du chef du Nouveau-Brunswick ou placé sous le contrôle du lieutenant-gouverneur en conseil ou d'un ministre provincial; (institution)

[Je souligne.]

[44] Les intimés renvoient la Cour à une discussion au sujet du libellé du projet de loi C-72, *Loi concernant le statu[t] et l'usage des langues officielles du Canada*, et, en particulier, aux observations suivantes de Raymond Hnatyshyn, C.P., député et à l'époque ministre de la Justice, présentées devant un comité parlementaire le 22 mars 1988 :

Alors que le projet de loi reprend les droits linguistiques constitutionnels dans les premières dispositions des cinq premières parties, il adopte la structure de la loi de 1969, c'est-à-dire qu'il parle des obligations des institutions fédérales. Par la création de devoirs institutionnels, l'accent reste sur le bilinguisme institutionnel, bien que l'on satisfasse aux exigences qui découlent des droits constitutionnels. Les devoirs n'incombent pas aux employés, mais à l'institution elle-même. C'est à elle de voir à ce que l'organisation et l'administration de ses affaires et de son personnel soient conformes aux exigences.

[Je souligne.]

[45] Le lieutenant-gouverneur peut-il être, à juste titre, considéré comme un « organisme [ou] office [...] créés afin d'exercer des fonctions de l'État »?

Les intimés répondent à cette question avec un « NON » emphatique. Ils soulignent que le Bureau de la lieutenant-gouverneure est bilingue et que la lieutenant-gouverneure elle-même, en tant que personne, n'est pas assujettie aux obligations linguistiques prévues dans la *Charte*. Les intimés soulignent le choix du Parlement, dans la rédaction et l'édiction de la *Charte*, d'adopter une conception « institutionnelle » du bilinguisme. Le Nouveau-Brunswick a appliqué la même méthode lorsqu'il a adopté la *Loi sur les langues officielles*. Le gouvernement fédéral a de même adopté cette conception lorsqu'il a édicté la *Loi sur les langues officielles* fédérale en 1985. Les intimés affirment que toutes ces dispositions législatives, en plus du texte constitutionnel de la *Charte*, traitent du bilinguisme « institutionnel » et seulement du bilinguisme « institutionnel ».

[46] Dans l'arrêt *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada*, 2008 CSC 15 (CanLII), [2008] 1 R.C.S. 383,

le juge Bastarache a confirmé la portée du paragraphe 20(2) de la *Charte* lorsqu'il a déclaré ce qui suit, au paragraphe 1 :

[1] LE JUGE BASTARACHE — Le paragraphe 20(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit que le public, au Nouveau-Brunswick, a droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec tout bureau des institutions de la législature ou du gouvernement du Nouveau-Brunswick, ou pour en recevoir les services, et ce, peu importe sa concentration territoriale au plan linguistique, ou la vocation du bureau auquel il s'adresse, comme c'est par ailleurs le cas pour les services dispensés par les institutions fédérales aux termes du par. 20(1) de la *Charte*. Il s'agit là d'un bilinguisme institutionnel complet, emportant le droit pour un citoyen d'utiliser la langue de son choix en tout temps lorsqu'il ou elle demande un service ou communique avec l'État provincial. [...]

[Je souligne.]

[47] La requérante établit l'importante distinction entre le rôle de lieutenant-gouverneur, qui est le chef d'État officiel, et celui de premier ministre provincial, qui est le chef d'État politique. Contrairement au premier ministre et à ses ministres, le lieutenant-gouverneur n'est pas élu. Les citoyens du Nouveau-Brunswick ne jouent aucun rôle dans la sélection du lieutenant-gouverneur. Contrairement aux ministres et aux députés, le lieutenant-gouverneur non élu joue un rôle unique à titre de chef d'État. Il n'y a qu'un seul lieutenant-gouverneur. La requérante invoque les directives claires du juge Bastarache dans l'arrêt *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc.*, selon lesquelles la *Charte* a confirmé qu'il existait au Nouveau-Brunswick un bilinguisme institutionnel complet et le droit d'un citoyen d'utiliser la langue de son choix « *en tout temps* ».

[48] Le Nouveau-Brunswick est la seule province au Canada où l'égalité des deux communautés linguistiques a été reconnue dans la Constitution fédérale. Les arguments soulevés en l'espèce quant à la nécessité du bilinguisme du lieutenant-gouverneur, en sa qualité de chef d'État du Nouveau-Brunswick, sont propres à l'expérience néo-brunswickoise. L'inclusion de ces protections constitutionnelles ont pour effet de protéger la minorité francophone contre la tendance naturelle des humains de recourir par défaut à la langue favorisée par la majorité, à savoir l'anglais dans le cas du Nouveau-Brunswick.

[49] La Cour suprême du Canada a reconnu l'importance des droits linguistiques dans la protection de l'identité linguistique et culturelle des minorités dans l'arrêt *Mahe c. Alberta*, 1990 CanLII 133 (CSC), [1990] 1 R.C.S. 342, où elle a déclaré ce qui suit :

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

[Je souligne.]

[50] Les intimés laissent entendre que la description que donne la requérante du lieutenant-gouverneur en tant qu'institution est illogique et incompatible

tant avec une interprétation simple qu'une interprétation jurisprudentielle de ce terme. Les intimés soutiennent que, si l'interprétation présentée par la requérante, selon laquelle le lieutenant-gouverneur est une « *institution* », est jugée appropriée, des conclusions similaires pourraient alors être tirées relativement aux premiers ministres fédéraux et provinciaux, aux ministres de la Couronne ou aux cadres supérieures de l'administration publique. Les intimés renvoient la Cour à la jurisprudence considérable élaborée depuis l'adoption de la *Charte*, qui confirme la nature institutionnelle des obligations créées par les mesures de protection linguistique qui y sont prévues.

- [51] Dans l'arrêt *Charlebois c. Mowat*, le juge en chef Daigle a eu l'occasion de discuter de la méthode qu'un tribunal devrait adopter lorsqu'il se penche sur des questions ayant trait aux garanties linguistiques prévues par la *Charte*. Il a fait les observations suivantes aux paragraphes 51 à 53 :

[51] Dans cette optique de l'importance de la langue et de la culture pour la minorité de langue officielle, les juges majoritaires dans l'arrêt *Beaulac* ont clairement énoncé les objectifs des droits linguistiques en rappelant « l'importance des droits linguistiques comme soutien des collectivités de langue officielle et de leur culture » et en précisant « la nécessité d'interpréter les droits linguistiques comme un outil essentiel au maintien et à la protection des collectivités de langue officielle là où ils s'appliquent ». (*Beaulac*, aux par. 17 et 25.)

[52] Un autre objectif des droits linguistiques qui a été souvent affirmé par la Cour suprême est le caractère réparateur de ces droits. Déjà, dans l'arrêt *Société des Acadiens*, à la p. 567, le juge en chef Dickson avait déclaré que faire échec « aux objets réparateurs généraux des garanties linguistiques prévues par la *Charte* [...] serait incompatible avec une interprétation libérale des droits linguistiques ». **Par la suite, la Cour suprême a évoqué le même objectif dans l'interprétation des garanties linguistiques prévues dans la *Charte* dans divers arrêts en confirmant l'objectif culturel des droits linguistiques et en réitérant que l'interprétation d'une disposition linguistique de la**

Charte fondée sur son objet exige que l'objet du droit soit défini « en fonction de ce qui favorisera le mieux l'épanouissement et la préservation de la minorité linguistique francophone dans la province ». On a également souligné la fonction réparatrice des droits linguistiques en statuant que le « droit conféré devrait être interprété d'une façon réparatrice, compte tenu des injustices passées qui n'ont pas été redressées et qui ont nécessité l'enchâssement de la protection des droits linguistiques de la minorité ». (Voir le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)* aux pages 850-51.) Enfin, les juges Major et Bastarache, au nom d'une Cour unanime, ont réaffirmé les objectifs plus larges des droits linguistiques que je viens de décrire dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*, au paragraphe 27 :

... Une interprétation fondée sur l'objet des droits prévus à l'art. 23 repose sur le véritable objectif de cet article qui est de remédier à des injustices passées et d'assurer à la minorité linguistique officielle un accès égal à un enseignement de grande qualité dans sa propre langue, dans des circonstances qui favoriseront le développement de la communauté.

[53] En résumé, c'est dans une optique qui met l'accent sur une interprétation visant la protection et l'épanouissement des collectivités de langue officielle tout en assurant une réparation qui vise à remédier aux inégalités passées que doivent être interprétées les garanties linguistiques prévues dans la Charte.

[Je souligne.]

[52] Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, 1992 CanLII 115 (CSC), [1992] 1 R.C.S. 212, la Cour suprême du Canada a expliqué ainsi comment les droits linguistiques devraient être interprétés :

Il ne fait aucun doute que le but de l'art. 23, comme le déclare le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, à la p. 739, est :

... d'assurer aux francophones et aux anglophones l'accès égal aux corps législatifs, aux lois et aux tribunaux.

La Cour doit s'assurer qu'il n'est pas fait obstacle à ce but. Dans cette optique, notre Cour a reconnu la nécessité d'aller plus loin que l'interprétation indûment stricte de l'expression « lois de la législature ». Cependant, comme il a été mentionné précédemment, **notre Cour a souligné aussi que les termes de l'article ne peuvent être étendus au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre son but. Par conséquent, s'il faut aller au-delà du sens strict de l'expression « lois de la législature » pour atteindre ce but, on ne peut étendre sa portée à des textes qui ne sont pas de nature législative. La Cour doit donc aborder les questions posées en l'espèce d'une façon qui lui permette de donner un sens large à l'expression « lois de la**

législature », sans la rendre applicable à la multitude de textes émanant des gouvernements contemporains.

Dans cette détermination de la portée de l'art. 23, il est important de replacer l'article dans son contexte historique. À l'instar des art. 93 et 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il exprime un compromis politique. Il s'agit non pas d'une garantie globale destinée à assurer l'égalité linguistique complète, mais plutôt d'un compromis destiné à assurer un niveau d'harmonie dans la réalité démographique de la société manitobaine. Ce que dit le juge Beetz au sujet de l'art. 133 dans l'arrêt *MacDonald c. Ville de Montréal*, 1986 CanLII 65 (CSC), [1986] 1 R.C.S. 460, à la p. 496, s'applique en l'espèce :

Ce système incomplet mais précis représente un minimum constitutionnel résultant d'un compromis historique intervenu entre les fondateurs quand ils se sont entendus sur les modalités de l'union fédérale. Le système est couché dans des termes susceptibles de comporter des implications nécessaires, comme cela a été établi dans les arrêts *Blaikie n° 1* et *Blaikie n° 2*, quant à certaines formes de législation déléguée. C'est un système qui, du fait qu'il constitue un minimum constitutionnel, et non un maximum, peut être complété par des lois fédérales et provinciales, comme on l'a conclu dans l'arrêt *Jones*. Et c'est un système qui, bien entendu, peut être changé par voie de modification constitutionnelle. **Mais il n'appartient pas aux tribunaux, sous le couvert de l'interprétation, d'améliorer ce compromis constitutionnel historique, d'y ajouter ou de le modifier.**

[Je souligne.]

- [53] Les dispositions consacrées dans la Constitution confirmant l'égalité du statut du français et de l'anglais ont manifestement été conçues pour protéger et promouvoir la viabilité des deux communautés linguistiques du Nouveau-Brunswick. La Cour suprême du Canada a confirmé ces objectifs législatifs dans des décisions telles que *Ford*, *Beaulac*, *Mahe* et *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc.* Il est difficile de comprendre comment on pourrait conclure que la nomination d'un lieutenant-gouverneur unilingue serait compatible avec une interprétation téléologique des dispositions de la *Charte* en cause ou avec l'esprit de ces dispositions constitutionnelles. Contrairement aux

députés élus, qui ensemble forment le gouvernement et l'opposition, il n'y a qu'un seul lieutenant-gouverneur, qui est le seul chef d'État de la province. Si les citoyens francophones sont incapables d'interagir avec le chef d'État de la même manière que les citoyens anglophones, il est raisonnable de se demander si une telle situation est conforme aux paragraphes 16.1(2), 16(2) et 20(2) de la *Charte*.

[54] À mon avis, il est trop simpliste d'interpréter les dispositions pertinentes de la *Charte* comme inapplicables au rôle du lieutenant-gouverneur au motif que cette charge est occupée par une personne et n'est donc pas visée par les obligations linguistiques « *institutionnelles* ». La nature institutionnelle des protections constitutionnelles applicables au bilinguisme est en place pour garantir que les citoyens peuvent interagir avec le gouvernement du Canada et le gouvernement du Nouveau-Brunswick dans la langue de leur choix. Dans le contexte de la « législature » ou du « gouvernement », cette exigence peut être respectée, quelle que soit la capacité linguistique de l'un quelconque des acteurs. Toutefois, le rôle du lieutenant-gouverneur au Nouveau-Brunswick est unique, et on ne peut atténuer l'incapacité d'un lieutenant-gouverneur en particulier de parler l'une des langues officielles aussi facilement qu'on le pourrait dans le contexte d'autres figures de première importance des divers organes du gouvernement.

[55] Il est peut-être utile de revenir pour un moment à la définition que donne la *Loi sur les langues officielles* du Nouveau-Brunswick au terme

« *institution* ». En examinant cette définition, il est important de noter que le « *lieutenant-gouverneur* » est mentionné à deux reprises. À l'exception de Sa Majesté la Reine, cette définition ne mentionne aucune autre personne ni aucun autre rôle. Conséquemment, ceci souligne le rôle unique qu'occupe le lieutenant-gouverneur au Nouveau-Brunswick.

[56] La requête dont la Cour est actuellement saisie vise une lieutenant-gouverneure unilingue anglophone. Il est peut-être important de reconnaître qu'il n'y a jamais eu de lieutenant-gouverneur unilingue francophone au Nouveau-Brunswick. Les arguments juridiques faits devant la Cour seraient les mêmes si le lieutenant-gouverneur était unilingue francophone. Toutefois, une telle situation ne s'est jamais produite au Nouveau-Brunswick. Il est utile de reconnaître franchement cette réalité pour les besoins de la présente analyse.

[57] L'égalité des deux langues officielles au Nouveau-Brunswick a été expressément tissée dans la Constitution canadienne afin de protéger et de promouvoir l'existence des deux langues et des deux communautés linguistiques. Pourquoi a-t-on procédé ainsi? Pour conférer des protections constitutionnelles aux deux langues et aux deux communautés linguistiques. Il est compréhensible qu'une telle protection préoccupe principalement la minorité linguistique, à savoir les Néo-Brunswickois francophones.

[58] Le rôle de lieutenant-gouverneur comporte deux éléments importants. Il y a l'important rôle de chef d'État, qui appelle le lieutenant-gouverneur à signer toutes les lois, à prononcer le discours du Trône du gouvernement et à exécuter d'autres fonctions essentielles selon les directives de l'organe exécutif du gouvernement. Outre les responsabilités du lieutenant-gouverneur énoncées dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, le lieutenant-gouverneur entreprend aussi d'importantes fonctions sociales et communautaires. C'est dans l'exécution de ces tâches qu'un lieutenant-gouverneur interagit le plus fréquemment avec les citoyens de la province. Il sera naturellement difficile, sinon impossible, pour un lieutenant-gouverneur unilingue anglophone de converser et d'interagir avec des citoyens francophones. Dans de telles situations, une personne néo-brunswickoise francophone qui souhaite s'adresser directement au chef d'État devra le faire en anglais, si elle en est capable, et sinon, le citoyen francophone devra parler au lieutenant-gouverneur avec l'aide d'un interprète ou d'un membre bilingue de son personnel. Le lieutenant-gouverneur unilingue éprouvera d'importantes difficultés à prononcer un discours du Trône en donnant une attention égale aux deux langues officielles. Une telle situation peut-elle véritablement être considérée comme représentant l'égalité des communautés linguistiques consacrée dans la *Charte*? À mon avis, elle ne le peut pas.

[59] J'accepte sans réserve que les obligations en matière de bilinguisme consacrées dans la Constitution sont de nature institutionnelle et non des

obligations personnelles. Le respect de la *Charte* n'exige pas que tous les employés du gouvernement, ministres, juges ou premiers ministres provinciaux ou fédéral soient bilingues. Toutefois, ces personnes peuvent toutes être remplacées par une autre personne pour l'exécution de leurs fonctions, contrairement à un lieutenant-gouverneur. Il n'y a qu'un chef d'État. Le juge en chef de la province peut intervenir afin de remplir les fonctions essentielles du lieutenant-gouverneur lorsqu'il est à l'extérieur de la province ou malade. Toutefois, il ne peut le faire si personne n'occupe cette charge. En cas de vacance à cette charge, le juge en chef n'est pas autorisé à agir. Encore une fois, cela témoigne du rôle hautement singulier et unique du lieutenant-gouverneur. Le fait d'affirmer simplement que les exigences en matière de bilinguisme ne s'étendent pas au lieutenant-gouverneur parce que ce dernier, une personne, ne peut pas être considéré comme une « *institution* » est une simplification grossière d'une question complexe qui ne tient pas compte du caractère extrêmement unique et constitutionnel du rôle comme tel.

- [60] Si nous revenons pour un moment aux directives données dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, la Cour doit étudier la question du terme « *institution* » de manière généreuse, tout en s'abstenant de lui donner une interprétation qui s'écarte de son sens ordinaire. Ainsi, étant donné le rôle unique du lieutenant-gouverneur du Nouveau-Brunswick, comment peut-on conclure que la personne elle-même qui occupe ce rôle est réputée être visée par la définition

d'« *institution* »? Cette conclusion peut être tirée, à mon avis, de la manière dont les droits linguistiques ont été interprétés au Canada depuis l'adoption de la *Charte*. En particulier, la Cour est consciente des principes directeurs suivants :

(i) le principe de l'égalité réelle des communautés linguistiques a une signification (*R. c. Beaulac*);

(ii) les droits linguistiques ne doivent pas être considérés comme une sorte de réponse à une demande d'accommodement (*R. c. Beaulac*);

(iii) le langage est le moyen par lequel on exprime son identité culturelle (*Ford c. Quebec (procureur général)*);

(iv) c'est dans une optique qui met l'accent sur une interprétation visant la protection et l'épanouissement des collectivités de langue officielle que doivent être interprétés les droits linguistiques (*Charlebois c. Mowat*);

(v) l'importance des droits linguistiques est fondée sur le rôle essentiel que joue la langue dans l'existence, le développement et la dignité de l'être humain (*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*);

(vi) les droits linguistiques prévus dans la *Charte* garantissent un bilinguisme institutionnel complet, ce qui confirme le droit pour les

citoyens d'utiliser la langue de leur choix en tout temps dans ses interactions avec le gouvernement et le pouvoir législatif (***Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada***).

- [61] Dans l'éventualité où un premier ministre donnait au gouverneur-général en conseil l'avis de nommer une personne unilingue francophone à la charge de lieutenant-gouverneur du Nouveau-Brunswick, des membres de la majorité anglophone pourraient bien exprimer leur désarroi. Les Néo-Brunswickois anglophones auraient peut-être de la difficulté à accepter qu'un lieutenant-gouverneur prononce un discours du Trône uniquement en français ou avec quelques passages limités en anglais. Il y aurait peut-être déception si un lieutenant-gouverneur unilingue francophone avait de la difficulté à discuter avec des citoyens anglophones lors d'événements communautaires ou pendant des cérémonies de remise de prix ou distinctions, comme l'Ordre du Nouveau-Brunswick. Pourtant, ces mêmes réalités sont imposées aux Néo-Brunswickois francophones, à qui on demande d'accepter la situation parce que le « lieutenant-gouverneur » n'est pas une « *institution* » et n'a donc pas besoin d'être bilingue. Une telle réponse semble faire fi de l'importance du rôle de lieutenant-gouverneur et violer les protections constitutionnelles accordant aux citoyens néo-brunswickois le droit d'interagir avec leur gouvernement dans la langue de leur choix.

[62] Si des membres de l'une des deux communautés linguistiques constitutionnellement reconnues sont incapables d'interagir directement, dans leur langue, avec le chef d'État, comment pouvons-nous considérer qu'il y a, dans un tel cas, égalité des deux communautés linguistiques? À mon avis, nous ne le pouvons pas. Certes, les droits linguistiques garantis par la *Charte* sont de nature institutionnelle. Toutefois, le lieutenant-gouverneur est le chef d'État – le chef de l'institution. Afin de garantir une égalité réelle, comme l'exige la *Charte*, le lieutenant-gouverneur du Nouveau-Brunswick doit être bilingue, sinon les protections prévues aux paragraphes 16(2), 16.1(1) et 20(2) de la *Charte* perdent leur sens. À mon avis, la nomination d'un lieutenant-gouverneur unilingue ne viole pas le paragraphe 18(2) de la *Charte* étant donné que le lieutenant-gouverneur n'est pas appelé à préparer ou à interpréter des lois, des archives, des comptes rendus et des procès-verbaux de la Législature dans l'une ou l'autre des langues officielles. Les protections constitutionnelles conférées par le paragraphe 18(2) de la *Charte* ne s'appliquent pas au rôle du lieutenant-gouverneur.

[63] En concluant que la nomination d'un lieutenant-gouverneur unilingue au Nouveau-Brunswick porte atteinte aux paragraphes 16(2), 16.1(1) et 20(2) de la *Charte*, la Cour doit se demander si ces atteintes sont néanmoins justifiées par application de l'article premier de la *Charte*. La Cour suprême du Canada, dans *R. c. Oakes*, 1986 CanLII 46 (CSC), [1986] 1 R.C.S. 103, a expliqué la méthode que les tribunaux doivent suivre

lorsqu'ils déterminent si une atteinte portée à un droit garanti par la *Charte* est justifiée par application de l'article premier. Le juge en chef Dickson (tel était alors son titre) a expliqué le processus dans les termes suivants, aux paragraphes 65 et 66 :

65. Toutefois, les droits et libertés garantis par la *Charte* ne sont pas absolus. Il peut être nécessaire de les restreindre lorsque leur exercice empêcherait d'atteindre des objectifs sociaux fondamentalement importants. C'est pourquoi l'article premier prévoit des critères de justification des limites imposées aux droits et libertés garantis par la *Charte*. Ces critères établissent une norme sévère en matière de justification, surtout lorsqu'on les rapproche des deux facteurs contextuels examinés précédemment, savoir la violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution et les principes fondamentaux d'une société libre et démocratique.

66. La charge de prouver qu'une restriction apportée à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte* est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique incombe à la partie qui demande le maintien de cette restriction. Il ressort nettement du texte de l'article premier que les restrictions apportées aux droits et libertés énoncés dans la *Charte* constituent des exceptions à la garantie générale dont ceux-ci font l'objet. On présume que les droits et libertés sont garantis, à moins que la partie qui invoque l'article premier ne puisse satisfaire aux critères exceptionnels qui justifient leur restriction. C'est ce que confirme l'emploi de l'expression « puisse se démontrer » qui indique clairement qu'il appartient à la partie qui cherche à apporter la restriction de démontrer qu'elle est justifiée : *Hunter c. Southam Inc.*, précité.

[Je souligne.]

[64] Il faut reconnaître que les intimés n'ont pas avancé que, si la Cour concluait à l'existence d'une violation de la *Charte* dans le contexte de la présente affaire, cette violation serait justifiée par application de l'article premier de la *Charte*. La Cour ne dispose d'aucune preuve établissant que la justification de l'atteinte portée aux droits constitutionnels des Néo-Brunswickois par la nomination d'un lieutenant-gouverneur unilingue puisse se démontrer. À mon avis, l'article premier de

la *Charte* n'est pas pertinent dans les circonstances du cas qui nous occupe et les parties intimées n'ont pas non plus soutenu qu'il l'était.

Quelle est la réparation appropriée?

[65] La Cour ayant conclu que la nomination d'un lieutenant-gouverneur unilingue au Nouveau-Brunswick porte atteinte aux droits linguistiques garantis aux citoyens néo-brunswickois par la *Charte*, la question qui se pose devient donc celle de déterminer la réparation appropriée. La requérante demande une déclaration confirmant que le décret en conseil nommant la lieutenant-gouverneure Murphy est inconstitutionnel et inopérant. La lieutenant-gouverneure Murphy est la chef d'État du Nouveau-Brunswick depuis septembre 2019 et aurait, dans l'exécution de ses fonctions législatives, apposé sa signature à d'innombrables lois, décrets en conseil et nominations. La Cour est très consciente du chaos qui pourrait découler d'une ordonnance déclarant la nomination de la lieutenant-gouverneure Murphy inconstitutionnelle et donc frappée de nullité.

[66] Dans l'arrêt *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3 (CanLII), [2010] 1 R.C.S. 44, M. Khadr a sollicité une réparation fondée sur le paragraphe 24(1) de la *Charte* en raison de violations des droits qui lui étaient garantis par l'article 7 de la *Charte*. La situation qui a mené à la violation des droits garantis à M. Khadr par l'article 7 a pris naissance dans le contexte d'une décision prise par le pouvoir exécutif du gouvernement en matière d'affaires étrangères. En expliquant sa

démarche pour déterminer la réparation appropriée, la Cour suprême du

Canada a déclaré ce qui suit aux paragraphes 36, 37, 46 et 47 :

[36] Lorsqu'il exerce les pouvoirs que lui confère la common law en vertu de la prérogative royale, l'exécutif n'est toutefois pas à l'abri du contrôle constitutionnel : *Operation Dismantle c. La Reine*, 1985 CanLII 74 (CSC), [1985] 1 R.C.S. 441. **Certes, il revient à l'exécutif, et non aux tribunaux, de décider si et comment il exercera ses pouvoirs; mais les tribunaux ont indéniablement compétence pour déterminer si la prérogative invoquée par la Couronne existe véritablement et, dans l'affirmative, pour décider si son exercice contrevient à la Charte** (*Operation Dismantle*) ou à d'autres normes constitutionnelles (*Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 1986 CanLII 2 (CSC), [1986] 2 R.C.S. 539) — ils sont d'ailleurs tenus d'exercer cette compétence.

[37] Le pouvoir restreint dont jouissent les tribunaux pour contrôler la constitutionnalité de l'exercice de la prérogative royale tient au fait que, dans une démocratie constitutionnelle, tout pouvoir gouvernemental doit être exercé en conformité avec la Constitution. Cela dit, le contrôle judiciaire de l'exercice de la prérogative sur le plan de sa constitutionnalité demeure tributaire du fait que la branche exécutive du gouvernement est responsable des décisions relevant de ce pouvoir, et que l'exécutif est mieux placé pour prendre ces décisions dans le cadre des choix constitutionnels possibles. Il faut que le gouvernement dispose d'une certaine marge de manœuvre lorsqu'il décide de quelle manière il doit s'acquitter des obligations relevant de sa prérogative : voir, p. ex., *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, 1998 CanLII 793 (CSC), [1998] 2 R.C.S. 217, par. 101-102. Il appartient cependant aux tribunaux de fixer les limites légales et constitutionnelles à l'intérieur desquelles ces décisions doivent être prises. Ainsi, lorsqu'un gouvernement refuse de se conformer aux contraintes constitutionnelles, les tribunaux ont le pouvoir de rendre des ordonnances qui garantissent que la prérogative du gouvernement en matière d'affaires étrangères est exercée en conformité avec la Constitution : *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283.

[...]

[46] En l'espèce, les incertitudes au chapitre de la preuve, les limites de la compétence institutionnelle de la Cour et la nécessité de respecter les prérogatives de l'exécutif nous amènent à conclure que la réparation appropriée est de nature déclaratoire. Le jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité est un redressement discrétionnaire : *Operation Dismantle*, p. 481, citant *Solosky c. La Reine*, 1979 CanLII 9 (CSC), [1980] 1 R.C.S. 821. Notre Cour a reconnu qu'il s'agit d'une « forme efficace et souple de règlement des véritables litiges » : *R. c. Gamble*, 1988 CanLII 15 (CSC), [1988] 2 R.C.S. 595, p. 649. **Un tribunal peut, à juste titre, prononcer un jugement déclaratoire dans la mesure où il a compétence sur l'objet du litige, où la question dont il est saisi est une question réelle et non pas simplement théorique, et où la personne qui la soulève a véritablement intérêt à la soulever.** C'est le cas en l'espèce.

[47] La solution à la fois prudente pour l'instant et respectueuse des responsabilités de l'exécutif et des tribunaux consiste à ce que la Cour fasse droit en partie à la demande de contrôle judiciaire présentée par M. Khadr et prononce un jugement déclaratoire en sa faveur **informant le gouvernement de son opinion sur le dossier dont elle est saisie, opinion qui fournira, pour sa part, à l'exécutif, le cadre juridique en vertu duquel il devra exercer ses fonctions et examiner les mesures qu'il conviendra de prendre à l'égard de M. Khadr, en conformité avec la Charte.**

[Je souligne.]

[67] Il ne s'agit pas en l'espèce d'une situation où une loi a été jugée inconstitutionnelle et où la Cour doit ensuite se demander si la mise en œuvre de cette conclusion doit être retardée afin de prévenir la création d'un vide juridique. En l'espèce, c'est la mesure exécutive de nommer un lieutenant-gouverneur unilingue au Nouveau-Brunswick qui a été jugée lacunaire sur le plan constitutionnel. Les mesures réparatoires appropriées dont dispose la Cour pour l'application du paragraphe 24(1) de la *Charte* doivent être examinées en gardant cette réalité à l'esprit.

[68] Dans l'arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62 (CanLII), [2003] 3 R.C.S. 3, la Cour suprême du Canada a discuté des réparations visées au paragraphe 24(1) de la *Charte* qui conviennent dans le cas d'une violation des droits garantis aux parents francophones par l'article 23 de la *Charte*, dans le contexte de l'instruction des élèves de la Nouvelle-Écosse en français. En confirmant que les tribunaux doivent donner une interprétation large et libérale aux réparations fondées sur la *Charte*, les juges Iacobucci et Arbour ont déclaré ce qui suit, aux paragraphes 24 et 25 :

24 L'exigence d'une interprétation large et libérale vaut autant pour les réparations fondées sur la Charte que pour les droits qui y sont garantis (*R. c. Gamble*, 1988 CanLII 15 (CSC), [1988] 2 R.C.S. 595; *R. c. Sarson*, 1996 CanLII 200 (CSC), [1996] 2 R.C.S. 223; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81 (« *Dunedin* »)). Dans l'arrêt *Dunedin*, précité, par. 18, la juge en chef McLachlin en explique la raison, au nom de la Cour :

... comme toutes les autres dispositions de la *Charte*, le par. 24(1) commande une interprétation large et téléologique. Il constitue une partie essentielle de la *Charte* et doit être interprété de la manière la plus généreuse qui soit compatible avec la réalisation de son objet [...] Il s'agit en outre d'une disposition réparatrice qui, de ce fait, bénéficie de la règle générale d'interprétation législative selon laquelle les lois réparatrices reçoivent une interprétation « large et libérale » [...] Dernière considération et élément le plus important : le texte de cette disposition paraît accorder au tribunal le plus vaste pouvoir discrétionnaire possible aux fins d'élaboration des réparations applicables en cas de violations des droits garantis par la *Charte*. Dans l'arrêt *Mills*, précité, le juge McIntyre a fait remarquer qu'« [i] est difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu » (p. 965). Il ne faut pas que ce large mandat réparateur du par. 24(1) soit mis en échec par une interprétation « étroite et formaliste » de la disposition ... [Renvoi omis.]

25 **Selon le principe de l'interprétation téléologique, les dispositions réparatrices doivent être interprétées de manière à assurer « une réparation complète, efficace et utile à l'égard des violations de la Charte », « puisqu'un droit, aussi étendu soit-il en théorie, est aussi efficace que la réparation prévue en cas de violation, sans plus »** (*Dunedin*, précité, par. 19-20). L'interprétation téléologique des réparations dans le contexte de la *Charte* actualise l'ancienne maxime *ubi jus, ibi remedium*, là où il y a un droit, il y a un recours. Plus particulièrement, cette interprétation comporte au moins deux exigences, à savoir, premièrement, favoriser la réalisation de l'objet du droit garanti (les tribunaux sont tenus d'accorder des réparations adaptées à la situation), et deuxièmement, favoriser la réalisation de l'objet des dispositions réparatrices (les tribunaux sont tenus d'accorder des réparations efficaces).

[Je souligne.]

[69] Les juges Iacobucci et Arbour ont ensuite discuté du rôle des tribunaux canadiens lorsqu'ils se penchent sur les réparations à accorder en cas de violation de droits constitutionnels, tout en demeurant conscients de l'importance de la séparation des pouvoirs entre les trois organes du

gouvernement. Les juges discutent de ces questions dans les termes suivants, aux paragraphes 32 à 34 de l'arrêt *Doucet-Boudreau c.*

Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation) :

32 Heureusement, au Canada, il existe une tradition de respect remarquable des décisions judiciaires de la part des parties privées et des institutions gouvernementales. Cette tradition s'est transformée en une précieuse valeur fondamentale de notre démocratie constitutionnelle. Il faut se garder de la tenir pour acquise, et toujours prendre soin d'en honorer et d'en protéger l'importance, afin d'éviter que les germes de la tyrannie s'enracinent.

33 Cette tradition de respect prend une dimension particulière dans le contexte du droit constitutionnel, où les tribunaux doivent veiller à ce que l'action du gouvernement soit conforme aux normes constitutionnelles tout en ne perdant pas de vue la séparation des fonctions entre les pouvoirs législatif, judiciaire et exécutif. Bien que la Constitution ne prévoie pas expressément la séparation des pouvoirs (voir *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, 1981 CanLII 24 (CSC), [1981] 1 R.C.S. 714, p. 728; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, 1990 CanLII 63 (CSC), [1990] 3 R.C.S. 570, p. 601; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, 1998 CanLII 793 (CSC), [1998] 2 R.C.S. 217, par. 15), les tribunaux ont fréquemment signalé l'existence d'une séparation fonctionnelle entre les branches exécutive, législative et judiciaire de l'État. (Voir, par exemple, *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, 1985 CanLII 14 (CSC), [1985] 2 R.C.S. 455, p. 469-470.) Dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, 1993 CanLII 153 (CSC), [1993] 1 R.C.S. 319, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) affirme à la p. 389 :

Notre gouvernement démocratique comporte plusieurs branches : la Couronne représentée par le gouverneur général et ses homologues provinciaux, l'organisme législatif, l'exécutif et les tribunaux. Pour assurer le fonctionnement de l'ensemble du gouvernement, il est essentiel que toutes ces composantes jouent le rôle qui leur est propre. Il est également essentiel qu'aucune de ces branches n'outrepasse ses limites et que chacune respecte de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l'autre.

34 Autrement dit, lorsqu'ils accordent des réparations constitutionnelles, les tribunaux doivent être conscients de leur rôle d'arbitre judiciaire et s'abstenir d'usurper les fonctions des autres branches du gouvernement en s'arrogeant des tâches pour lesquelles d'autres personnes ou organismes sont mieux qualifiés. Le souci des limites du rôle judiciaire est omniprésent en droit. L'établissement de la règle de la justiciabilité et, dans une large mesure, de celles du caractère théorique, de la qualité pour agir et de la question mûre pour décision découle de la crainte que les tribunaux outrepassent leur fonction judiciaire et empiètent sur le rôle des autres branches du gouvernement.

[Je souligne.]

[70] Puis, aux paragraphes 55 à 58 du même arrêt, les juges Iacobucci et Arbour ont formulé le cadre suivant, que les tribunaux doivent prendre en compte lorsqu'ils façonnent une réparation fondée sur le paragraphe 24(1) :

55 **Premièrement, la réparation convenable et juste eu égard aux circonstances d'une demande fondée sur la Charte est celle qui permet de défendre utilement les droits et libertés du demandeur.** Il va sans dire qu'elle tient compte de la nature du droit violé et de la situation du demandeur. Une réparation utile doit être adaptée à l'expérience vécue par le demandeur et tenir compte des circonstances de la violation ou de la négation du droit en cause. Une réparation inefficace ou « étouffé[e] dans les délais et les difficultés de procédure » ne permet pas de défendre utilement le droit violé, et ne saurait donc être convenable et juste (voir *Dunedin*, précité, par. 20, la juge en chef McLachlin, citant *Mills*, précité, p. 882, le juge Lamer (plus tard Juge en chef)).

56 Deuxièmement, la réparation convenable et juste fait appel à des moyens légitimes dans le cadre de notre démocratie constitutionnelle. Comme nous l'avons vu, le tribunal qui accorde **une réparation fondée sur la Charte doit s'efforcer de respecter la séparation des fonctions entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire et les rapports qui existent entre ces trois pouvoirs.** Cela ne signifie pas que la ligne de démarcation entre ces fonctions est très nette dans tous les cas. Une réparation peut être convenable et juste même si elle peut toucher à des fonctions ressortissant principalement au pouvoir exécutif. L'essentiel est que, lorsqu'ils rendent des ordonnances fondées sur le par. 24(1), les tribunaux ne s'écartent pas indûment ou inutilement de leur rôle consistant à trancher des différends et à accorder des réparations qui règlent la question sur laquelle portent ces différends.

57 **Troisièmement, la réparation convenable et juste est une réparation judiciaire qui défend le droit en cause tout en mettant à contribution le rôle et les pouvoirs d'un tribunal.** Il ne convient pas qu'un tribunal se lance dans des types de décision ou de fonction pour lesquels il n'est manifestement pas conçu ou n'a pas l'expertise requise. Les capacités et la compétence des tribunaux peuvent s'inférer, en partie, de leurs tâches normales pour lesquelles ils ont établi des règles de procédure et des précédents.

58 Quatrièmement, la réparation convenable et juste est celle qui, en plus d'assurer pleinement la défense du droit du demandeur, est équitable pour la partie visée par l'ordonnance. **La réparation ne doit pas causer de grandes difficultés sans rapport avec la défense du droit.**

[Je souligne.]

- [71] Une déclaration selon laquelle le décret en conseil nommant Brenda-Louise Murphy lieutenant-gouverneure est inconstitutionnel et inopérant rendrait toutes les lois, tous les décrets et toutes les nominations qu'elle a signés inopérants. Un tel résultat pourrait être très problématique pour la Province du Nouveau-Brunswick et ses citoyens.
- [72] La requérante a obtenu gain de cause relativement à sa demande à la Cour voulant qu'elle conclue que les protections constitutionnelles propres aux citoyens du Nouveau-Brunswick exigent que la charge de lieutenant-gouverneur, et uniquement la charge de lieutenant-gouverneur, soit occupée par une personne bilingue. La Cour ayant maintenant fourni l'« avis » sollicité sur cette question, il convient de laisser le gouvernement fédéral décider des étapes suivantes pour qu'il puisse « *examiner les mesures qu'il conviendra de prendre* » (*Canada (Premier ministre) c. Khadr*). La conclusion de la Cour confirme les droits et libertés linguistiques invoqués par la requérante et aura sans doute des répercussions sur la nomination des lieutenants-gouverneurs futurs au Nouveau-Brunswick. Toutefois, la Cour doit continuer de respecter son rôle au sein de la séparation des pouvoirs des trois organes du gouvernement. En élaborant une réparation convenable, il est important que la Cour n'erre pas dans des discussions ayant trait à la mise en œuvre de la décision, lesquelles conviennent mieux à l'organe exécutif du gouvernement. Enfin, la réparation proposée par la Cour doit éviter de

causer des difficultés substantielles qui n'ont aucun rapport avec la confirmation des droits linguistiques au cœur de la requête.

[73] Une déclaration immédiate portant que le décret en conseil nommant la lieutenante-gouverneure Murphy est inconstitutionnel, et par conséquent, inopérant, pourrait causer des difficultés substantielles à la Province du Nouveau-Brunswick et à ses citoyens. La Cour ne peut rendre un jugement déclaratoire susceptible d'invalider d'innombrables lois, nominations et décrets légalement adoptés. Une telle situation aurait pour effet de créer une crise législative et constitutionnelle au Nouveau-Brunswick, laquelle n'est pas nécessaire pour confirmer de façon adéquate les droits linguistiques violés en cause.

DÉPENS

[74] La requérante a obtenu gain de cause en l'espèce et a droit aux dépens. Il s'agissait d'une affaire complexe qui a nécessité trois jours de débats et d'innombrables heures de préparation par les parties. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, la requérante a droit à des dépens que je fixe à 15 000 \$ ainsi qu'aux débours taxables.

CONCLUSION

[75] À mon avis, la Cour peut juger qu'un lieutenant-gouverneur au Nouveau-Brunswick doit être capable de s'acquitter de tous les aspects

du rôle dans les deux langues officielles sans déclarer que le décret en conseil nommant la lieutenant-gouverneure Murphy est frappé de nullité. La Cour se reporte à nouveau aux observations présentées par la Cour suprême dans l'arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)* selon lesquelles le Canada est un pays où il existe « *une tradition de respect remarquable* » des décisions judiciaires. La décision de la Cour portant que la nomination d'une personne unilingue à la charge de lieutenant-gouverneur au Nouveau-Brunswick contrevient aux paragraphes 16(2), 16.1(2) et 20(2) de la *Charte* est suffisante pour garantir que le gouvernement prendra des mesures appropriées et promptes pour corriger la situation. Je laisse à l'organe exécutif du gouvernement le soin de déterminer le moment et l'étendue de ces mesures.

DISPOSITIF

[76] Pour l'ensemble des motifs qui précèdent, la Cour ordonne ce qui suit :

- (i) en application des paragraphes 16(2), 16.1(2) et 20(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le lieutenant-gouverneur du Nouveau-Brunswick doit être bilingue et capable de s'acquitter de toutes les tâches requises de son rôle en anglais et en français;

- (ii) la requérante a droit à des dépens de 15 000 \$ ainsi qu'à tous les débours taxables.

FAIT à Fredericton, au Nouveau-Brunswick, le 14 avril 2022.



Tracey K. DeWare
Juge en chef de la Cour du Banc de la Reine
du Nouveau-Brunswick