
Le rôle des tribunaux dans la mise en œuvre des droits linguistiques au Canada

MICHEL BASTARACHE
Avocat, Heenan Blaikie, Ottawa

1. Pour comprendre la place des droits linguistiques dans l'ordre juridique au Canada, il faut se pencher sérieusement sur les conditions de formation de la fédération, la présence du nationalisme ethnique dans les états multilingues et dans le nôtre, ainsi que l'asymétrie dans l'organisation du pouvoir qui caractérise notre constitution. On n'a qu'à penser ici à l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui devait protéger les minorités religieuses dans certaines provinces, alors qu'il était bien compris que l'enseignement religieux et l'enseignement dans la langue minoritaire allaient de pair. On peut penser aussi à la *Charte canadienne des droits et libertés* dont l'article 23 s'applique différemment dans le cas de la province de Québec.

2. Il est important de noter que les premières protections constitutionnelles étaient limitées géographiquement et dans leur contenu en raison de la structure fédérale; il faut savoir aussi que les problèmes sont apparus très tôt et que leur résolution n'a pas été réussie — notamment à cause de décisions très inappropriées du Conseil privé de Londres. La décision dans l'affaire *Mackell*¹, par exemple, était en nette contradiction avec l'intention législative et l'historique des droits. L'on sait aussi aujourd'hui que les décisions des tribunaux inférieurs ont été ignorées par la province du Manitoba, qui a choisi de contrevenir à ses obligations constitutionnelles en matière de langues officielles immédiatement après son entrée dans la Confédération².

1. *Ottawa Roman Catholic Separate School Board v. Mackell*, [1913] A.C. 63.

2. Voir *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

3. Toutes nos grandes crises constitutionnelles ont été reliées aux droits des minorités — on a créé l'insécurité culturelle en abolissant le français au Manitoba, les écoles françaises en Ontario et dans les Maritimes, en abolissant le français dans les territoires du Nord-Ouest, et en ne rectifiant pas la situation au Manitoba avant 1975 et même plus tard. On a ainsi mis en cause la légitimité du système judiciaire lui-même. De fait, il a fallu une crise constitutionnelle et un renvoi pour rétablir l'ordre constitutionnel.

4. Notre application des lois linguistiques a aussi été pénible si l'on considère qu'en 1986, la Cour suprême du Canada a rejeté la notion d'égalité réelle et reconnu une certaine égalité formelle qui s'étendait à l'appareil judiciaire, tout en reconnaissant des droits égaux aux juges et fonctionnaires aussi bien qu'aux prestataires des droits. Les jugements rendus dans *MacDonald*³, *Société des Acadiens*⁴ et *Bilodeau*⁵ ont été partiellement renversés seulement dans l'affaire *Beaulac*⁶, 18 ans plus tard — quoique ces précédents n'aient pas été suivis en matière d'éducation. Mais pourquoi ces décisions en 1986? Il me semble que le juge Beetz le dit assez clairement : en raison du compromis politique de 1867 qui donne priorité à la division des pouvoirs, c'est-à-dire au pouvoir du Québec de contrôler ses institutions éducatives et culturelles. Mais il est clair pour tout le monde que la langue est l'expression d'une culture; que c'est l'élément le plus important pour unir la communauté. Les juges dissidents ne s'étaient pas trompés dans l'affaire *Société des Acadiens*. La langue est essentielle à la vitalité de la communauté, pas seulement comme support économique, mais parce que parler une deuxième langue pour fonctionner dans la société, c'est accepter un statut inférieur pour la sienne. Pourquoi était-il si difficile d'accepter deux langues officielles, alors que le Canada comprenait deux grandes communautés linguistiques?

3. *MacDonald c. Montréal (Ville de)*, [1986] 1 R.C.S. 460.

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

5. *R. c. Bilodeau*, [1986] 1 R.C.S. 449.

6. *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768.

5. La minorité linguistique veut se maintenir et se perpétuer. Elle s'affirme par une forme de nationalisme. En 1867, deux nations cherchent à cohabiter; en 2002, le Parlement reconnaît qu'il existe une société distincte au Québec. De façon assez remarquable, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick reconnaîtra aussi la société acadienne en tant que société distincte dans l'affaire *Charlebois*⁷. L'histoire nous apprend que les droits linguistiques sont essentiels au plan politique au Canada. Les lois portant sur la langue ne peuvent donc pas être structurées seulement en fonction de l'individu. C'est d'ailleurs pourquoi on a finalement adopté une nouvelle *Loi sur les langues officielles* au niveau fédéral en 1988⁸ — l'article 41 comprenant une obligation de promotion des communautés de langues officielles. Dans l'affaire *DesRochers*⁹, la Cour suprême laisse entendre très clairement que la partie VII de la *Loi sur les langues officielles*, maintenant justiciable, aura une portée toute autre que la partie IV, qui ne parle que de prestation de services.

6. On a pris beaucoup de temps au Canada à comprendre la dimension collective des droits; on a pourtant voulu constitutionnaliser cette nouvelle vision dans le contexte de l'Entente de Charlottetown. Après l'échec de ce projet de réforme, on a tout de même agi pour consolider les droits de la communauté acadienne en adoptant l'article 16.1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, que le gouvernement actuel du Nouveau-Brunswick remet en cause aujourd'hui — comme quoi rien ne semble acquis de façon définitive pour les minorités linguistiques. Ceci suivait l'adoption au Nouveau-Brunswick de la *Loi sur l'égalité des communautés linguistiques* de langues officielles¹⁰, qui créait des obligations positives pour le gouvernement, comme on l'avait fait pour l'éducation en adoptant l'article 23 de la Charte en 1982.

7. Le devoir de légiférer, de construire, de surveiller, va prendre une dimension énorme avec les décisions de la Cour

7. *Charlebois c. Moncton (Ville de)*, 2001 NBCA 117, (2002) 242 R.N.-B. (2d) 259 (C.A.).

8. *Loi sur les langues officielles du Canada*, L.C. 1988, c. 31, L.R.C. 1985, c. O-1.

9. *DesRochers c. Canada (Industrie)*, 2009 CSC 8.

10. *Loi sur l'égalité des communautés linguistiques du Nouveau-Brunswick*, L.R.N.B., c. O-5.

suprême dans les affaires *Mahé*¹¹, *Arsenault-Cameron*¹², *Beaulac*¹³, *Doucet-Boudreau*¹⁴ et *DesRochers*¹⁵. On y établit clairement les règles d'interprétation, on donne priorité à l'égalité réelle plutôt qu'à l'égalité formelle, on reconnaît l'obligation de prévoir un soutien institutionnel pour assurer un accès égal aux services dans la langue de son choix, on réaffirme l'objectif constitutionnel de corriger les injustices du passé, on tempère la discrétion ministérielle dans la mise en œuvre des droits, on accorde un pouvoir de surveillance aux tribunaux aux termes de l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il est surtout important de noter que même si les droits sont exprimés sous la forme de droits individuels, ils existent parce que les individus qui s'en prévalent font partie d'une communauté qui a droit à la reconnaissance.

8. Dans l'affaire *Beaulac* en particulier, la Cour affirme clairement qu'il ne suffit pas d'accommoder celui qui demande à être servi dans la langue de la minorité, mais qu'il faut que l'organisation même des services tienne compte du fait qu'il y a deux communautés linguistiques distinctes à desservir et que ces communautés ont droit à un accès égal à un service d'égale qualité. Il est donc clair que les gouvernements ont une obligation positive.

9. Dans l'affaire *Arsenault-Cameron*, c'est la discrétion ministérielle qui est en cause, la capacité du gouvernement de choisir les moyens pour la mise en œuvre des droits linguistiques. Le veto ministériel était inconstitutionnel parce qu'il ignorait l'impact du système sur la communauté minoritaire et laissait celle-ci vulnérable devant le danger d'assimilation linguistique et culturelle. Enlever à la communauté ce que la commission scolaire minoritaire lui avait donné était incompatible avec le devoir de promotion et de protection qui était la source même de l'article 23 de la Charte.

11. *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342.

12. *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3.

13. *Supra*, note 6.

14. *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse*, [2003] 3 R.C.S. 3.

15. *Supra*, note 9.

10. L'affaire *Lalonde*¹⁶ ajoute une nouvelle dimension à l'analyse des problèmes linguistiques dans le contexte d'un cadre législatif faible; on évoque les principes constitutionnels non écrits qui avaient été affirmés par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*¹⁷. On établit ici un lien direct entre promotion et structures institutionnelles : l'Hôpital Montfort ne peut être éliminé à la faveur du bilinguisme à l'Hôpital général d'Ottawa. La Cour dira que ce qui est en cause, c'est la culture minoritaire elle-même et la préservation de l'héritage francophone en Ontario. En somme, ce que dit la Cour d'appel, c'est qu'il n'est pas légitime pour le gouvernement d'affaiblir ou d'éliminer les institutions de la minorité lorsque l'action gouvernementale met réellement en cause la survie de la minorité. La preuve servira à établir qu'une institution bilingue ne peut souvent, en fait, fournir un service d'égale qualité à la minorité linguistique. Tout ceci découle d'une interprétation très large de la *Loi sur les services en français* en Ontario¹⁸, de son fondement surtout. La Cour s'empresse de démontrer qu'elle n'a pas inventé de droits nouveaux dans cette affaire. Elle se réfère à l'affirmation de la Cour suprême selon laquelle les principes non écrits sont normatifs. C'est cette même philosophie qui anime la Cour suprême du Canada lorsqu'elle autorise la Cour supérieure de Nouvelle-Écosse à superviser l'exécution de son ordonnance relative à la construction d'écoles à l'intention de la minorité.

11. On est donc loin aujourd'hui du devoir de ne pas nuire. La Cour suprême le réaffirme d'ailleurs en 2002 dans l'affaire *Lavigne*¹⁹. La liberté d'agir des gouvernements découlait probablement de la trilogie de 1986. L'affaire *Doucet-Boudreau* en sonne le glas.

12. Un autre développement important nous arrive avec la décision dans l'affaire *DesRochers*. La Cour suprême du Canada y confirme les principes d'interprétation énoncés

16. *Lalonde c. Commission de restructuration des services de santé*, (2002) 56 O.R. (3d) 577 (C.A.Ont.).

17. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

18. L.R.O. 1990, c. F.32.

19. *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773.

dans l'affaire *Beaulac* et endosse une approche favorable à la reconnaissance de droits collectifs. Le devoir de communiquer dans sa langue n'est pas seulement le droit reconnu à tout individu de s'adresser au gouvernement dans sa langue et de recevoir une réponse dans sa langue, c'est le droit de la communauté de langue officielle minoritaire à un service conçu en fonction de ses besoins particuliers, tout ceci devant s'apprécier en fonction de la nature même du service. Le service d'égale qualité s'évalue en fonction d'une norme qui tient compte de la nécessité de servir et de ne pas accommoder, en d'autres mots, de viser l'égalité réelle et non l'égalité formelle. Il fallait évidemment que les demandeurs fournissent une preuve convaincante qu'il y a assimilation, insécurité culturelle, nécessité d'agir pour contrer l'acculturation en prévoyant des structures institutionnelles adaptées au besoin de servir deux communautés linguistiques distinctes. Cette même preuve a été faite de très nombreuses fois dans de très nombreuses provinces. Pourquoi est-il nécessaire de tout recommencer, alors que le phénomène d'assimilation est si évident?

13. C'est parce que les politiques des gouvernements et l'organisation de leurs services ont toujours eu pour effet de créer une politique étatique et, de façon insidieuse, une culture nationale. La culture nationale menace la culture distincte de la minorité parce qu'elle l'exclut, la marginalise. Le bilinguisme n'est pas un élément distinctif d'une culture et ne définit pas une communauté. La preuve a été faite que les institutions bilingues favorisent l'assimilation dans bien des cas; elles ne sont pratiquement jamais en mesure d'assurer un accès égal à un service égal. La Cour suprême a bien expliqué pourquoi il était nécessaire d'avoir des commissions scolaires homogènes de langue française. Nous avons tous connu les politiques de bilinguisme dans certains hôpitaux et d'autres services, notamment dans le domaine des transports aériens et ferroviaires; 40 ans après l'adoption de la *Loi sur les langues officielles*, on n'approche même pas la norme d'égalité réelle. Le coût social et politique de cet échec est grand.

14. Notre problème en est un d'identité culturelle. La perte d'identité est troublante pour l'individu, mais aussi pour la communauté et il est clair que le Canada a choisi de renforcer

les cultures minoritaires des communautés de langues officielles, non pas de les éliminer. Le choix national est donc de favoriser les institutions distinctes essentielles au maintien des communautés de langues officielles. C'est une question de mesure et de raisonnable, au cas par cas sûrement, mais il n'est pas question de revenir à la discrétion absolue des gouvernements, ni à l'option des seuls droits individuels.

15. Ceci me ramène à la question du début — d'où nous vient cette idée qu'il faut recourir au bilinguisme pour empêcher les nationalismes naturels de détruire le pays ou de l'empêcher de se développer normalement? De l'histoire, de la démographie, des choix politiques de 1867 et de 1982. Il faut donc être conséquents et se donner les moyens de consolider la francophonie canadienne et de favoriser l'unité nationale, en amenant les communautés linguistiques de partout au Canada à participer pleinement à la vie politique. Il faut donc agir au plan juridique en favorisant l'analyse contextuelle. Le Nouveau-Brunswick n'est pas le Québec, ni Terre-Neuve-et-Labrador. Le modèle institutionnel est plus ou moins en place — on en a établi la valeur fondamentale dans les affaires *Mahé, Arsenault-Cameron, Beaulac...* Ce qu'il faut viser, c'est le plus grand degré d'autonomie possible dans les circonstances, pas le système le moins coûteux ou le plus facile à gérer. L'égalité ne peut pas se mesurer en dollars. De toute manière, quel est le prix de l'instabilité politique et sociale?

16. Il va sans dire que les rapports entre les groupes linguistiques et les attitudes qui caractérisent ceux-ci doivent être au centre des préoccupations de ceux qui seront responsables de la législation. Les premières lois linguistiques visaient à empêcher la création de mouvements sécessionnistes après la Première Guerre mondiale. La loi linguistique a souvent pour but de simplement diminuer les tensions sociales en minimisant les occasions de discorde. Mais chez nous, elle visera un objectif plus grand, soit la création de conditions propices au développement harmonieux des différents groupes linguistiques et l'encouragement de ceux-ci à contribuer pleinement au développement économique, social et culturel de l'ensemble de la population. L'aménagement linguistique a donc une très grande importance; il a un côté pratique aussi bien qu'un côté théorique et symbolique. Dans une démocratie

moderne, il est certain que le régime linguistique ne doit pas être tributaire de la loi du plus fort ou du plus grand nombre; il doit plutôt refléter l'idée que l'on se fait des valeurs fondamentales et des exigences d'une société hétérogène.

17. En établissant les objectifs des lois linguistiques, il est toujours bon de se demander quels sont les facteurs que l'on devra utiliser pour en mesurer le succès. Est-ce que ce sera l'absence de conflits sociaux, l'absence de discrimination ou une égalité réelle entre personnes appartenant à des communautés linguistiques distinctes, dont le statut et la valeur seront reconnus par tous? En somme, il faut reconnaître qu'il y a un sentiment d'infériorité ou d'insécurité latent qui continue de résulter des rapports linguistiques. Si la législation linguistique ne contribue pas à les éliminer, elle n'aura pour effet que de figer chacun des groupes linguistiques dans leurs attitudes présentes concernant les exigences d'une société pluraliste. La loi linguistique peut intégrer comme elle peut isoler. Il faut donc s'attarder au développement historique des rapports linguistiques au Canada, à la structure sociale qui caractérise les relations entre les communautés linguistiques, aux divisions sociales qui caractérisent la population et aux attitudes et attentes de la population relativement à la vie politique. C'est tout cela qu'il faut prendre en compte au moment de consacrer des garanties linguistiques et de décider des arrangements institutionnels pour régir les rapports entre le gouvernement et ses citoyens des deux communautés linguistiques officielles.

18. Les communautés linguistiques réalisent que c'est dans l'histoire commune et dans l'établissement des frontières culturelles que se sont développés les rapports entre les communautés linguistiques et la conscience de chacune d'elles de son identité propre. Pour changer les rapports historiques, les attitudes et la perception de soi de différents groupes, il faut un certain sens de l'histoire et de la continuité. Il faut des objectifs à long terme. Il faut savoir où la population se situe relativement aux clivages idéologiques qui perdurent. Ce que vise le régime linguistique fédéral, je l'ai mentionné, semble donc être la sécurité linguistique. Ce qui a fait défaut, il me semble, c'est que les choix linguistiques ouverts à la minorité ont souvent été restreints par l'organisation étatique et

l'aménagement des institutions publiques. L'assimilation linguistique se fait généralement en offrant les avantages de la pleine participation aux affaires publiques à la minorité au prix de son identité culturelle et linguistique. Il ne s'agit pas d'une coercition qui résulte d'une prohibition de l'utilisation de la langue minoritaire, mais l'effet est plus ou moins le même. Le meilleur exemple de tout ceci, c'est le phénomène de l'école bilingue. Il n'y a pas de solution unique ou miraculeuse à tous les problèmes institutionnels. Il reste que le gouvernement doit être cohérent. Il doit accepter qu'il est impossible d'aménager un régime de droits collectifs ou même de droits individuels égalitaire sans qu'il en résulte des devoirs importants au plan institutionnel.

19. Ce qui est très singulier au Canada, c'est que ce sont les tribunaux qui semblent avoir joué le rôle dominant dans l'élaboration de la philosophie de base qui va animer les droits linguistiques. Je crois que cette philosophie est bien expliquée dans l'affaire *Beaulac*. Ce sont les tribunaux surtout qui ont défini la communauté de valeurs auxquelles doivent adhérer les Canadiens. Ce sont les tribunaux qui ont identifié les réalités culturelles fondamentales et l'héritage que l'on veut préserver. Le message de la *Charte canadienne des droits et libertés*, c'est que la valeur fondamentale est celle de l'égalité réelle. Le rôle des tribunaux est capital parce que ce sont eux qui ont de fait établi les fondements philosophiques des garanties linguistiques. Je l'ai mentionné au début de cette présentation, ce rôle peut très négatif ou très positif.

20. Récemment, les tribunaux ont fait preuve d'un grand dynamisme pour donner réalité aux protections, même dans les cas d'ambiguïté. À titre d'exemple, je mentionnerai que l'article 20 de la Charte n'avait pas été appliqué aux municipalités au Nouveau-Brunswick et en Ontario. Dans l'affaire *Godbout*²⁰, cependant, trois juges de la Cour suprême du Canada ont décidé que la Charte s'appliquait aux municipalités. Depuis lors, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a rendu sa décision dans l'affaire *Charlebois N° 1* dans laquelle elle refusait de suivre la décision de la Cour suprême dans

20. *Godbout c. Ville de Longueuil*, [1997] 3 R.C.S. 844.

*Blaikie*²¹ en invoquant les nouvelles règles d'interprétation constitutionnelle et le fait que l'intention législative derrière le paragraphe 18(2) était claire et différente de celle invoquée dans l'affaire *Blaikie* relativement au contexte du Québec. Un autre cas d'ambiguïté qui mérite d'être mentionné, c'est celui de l'Hôpital Montfort. La Cour d'appel de l'Ontario n'a pas hésité dans l'affaire *Lalonde* à conclure que la *Loi sur les services en français* prévoyait un accès égal à des services de qualité comparable, malgré l'absence de l'équivalent de l'article 2 de la *Loi sur les langues officielles du Canada*. La Cour dira ceci : « [...] l'un des objectifs sous-jacents de la loi était de protéger la minorité francophone en Ontario; un autre était de faire progresser le français et de favoriser son égalité avec l'anglais. Ces objectifs coïncident avec les principes sous-jacents non écrits de la constitution du Canada ». La Cour conclura que la Commission de restructuration des services de santé ne peut pas adopter une décision qui repose sur de simples arguments de commodité administrative et de vagues préoccupations de financement.

21. Il faut enfin mentionner l'affaire *Doucet-Boudreau* qui porte sur les recours en matière de droits linguistiques. L'ordonnance du juge de première instance était assez singulière par son imprécision et se distinguait des ordonnances mandatoires spécifiques que l'on retrouvait par exemple dans l'affaire *Marchand*²² en Ontario. Le juge avait exigé que le gouvernement exerce les *meilleurs efforts* pour donner effet à ses déclarations. Le juge avait aussi accepté de demeurer saisi de l'affaire de façon à s'assurer que les directives contenues dans son jugement soient respectées par le gouvernement. En Cour suprême, la question en litige était donc la suivante : est-ce qu'une cour supérieure, après avoir ordonné à une province, en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte, d'exercer les meilleurs efforts pour mettre en place les établissements scolaires exigés par l'article 23 peut maintenir sa juridiction et exiger la présentation de rapports d'étape? La Cour suprême a répondu de façon positive, donnant, selon certains, une dimension nouvelle à l'article 24.

21. *Blaikie c. Québec (Procureur général)*, [1979] 2 R.C.S. 1016.

22. *Marchand c. Simcoe County Board of Education*, [1984] 10 C.R.R. 169.

22. En guise de conclusion, je dirai seulement que c'est une tâche complexe que d'établir un régime linguistique et que le succès de l'entreprise n'est jamais certain. Néanmoins, si le mandat est bien exercé, il aura une portée inestimable. Depuis les premiers temps de la colonie, les gouvernements ont tenté de trouver le bon équilibre en la matière. Ils n'ont peut-être pas fini de chercher, mais il semble que l'on puisse continuer de compter sur l'aide des tribunaux.

Michel Bastarache
55, rue Metcalfe, bureau 300
Ottawa (Ontario) K1P 6L5
Téléphone : 613 236-1668
Télécopieur : 613 236-9632
Courriel : mbastarache@heenan.ca