

ISSN 2368-3260



Observatoire
international
des droits
linguistiques

Revue de droit linguistique

volume 1



UNIVERSITÉ DE MONCTON
CAMPUS DE MONCTON

Faculté de droit

droitslinguistiques.ca

Le comité éditorial

Rédacteur en chef

Michel Doucet

Directeur de l'Observatoire international des droits linguistiques, Université de Moncton

Gestion des articles

Philippe Morin

Agent de projet, Observatoire international des droits linguistiques, Université de Moncton

Canada	
Michel Bastarache Avocat, société professionnel Michel Bastarache	Annette Boudreau Université de Moncton
André Braën Université d'Ottawa	Éric Forgues Institut canadien de recherche sur les minorités linguistiques
Pierre Foucher Université d'Ottawa	François Larocque Université d'Ottawa
José Woehrling Université de Montréal	

International	
Nicolas Bonbled Université catholique de Louvain, Belgique	Ahmed Boukous Institut Royal de la Culture Amazighe, Maroc
Rob Dunbar Université d'Édimbourg, Écosse	Koos Malan Université de Pretoria, Afrique du sud
Jean-Pierre Massias Université de Pau et des Pays de l'Adour, France	Peadar Ó Flatharta Université de Dublin, Irlande
Eva Pons Université de Barcelone, Espagne	Iñigo Urrutia Université du Pays basque, Espagne
Colin Williams Université de Cardiff, Pays de Galles	Eneritz Zabaleta Université de Pau et des Pays de l'Adour, France

Énoncé de mission

Le volume complet de la *Revue de droit linguistique* est publié en format numérique une fois par année par l'Observatoire international des droits linguistiques de la Faculté de droit de l'Université de Moncton. Chaque article qu'on y retrouve est cependant publié de façon ponctuelle au cours de l'année.

La *Revue de droit linguistique* contient des articles juridiques évalués par les pairs, qui sont aptes à favoriser l'avancement des connaissances dans le domaine du droit linguistique. L'objectif est de réunir en un seul lieu de publication, les efforts de recherche et d'analyse des juristes intéressés par le droit linguistique, que ce soit au Nouveau-Brunswick, ailleurs au Canada ou dans le monde.

Afin de contribuer justement à cet avancement des connaissances dans le domaine du droit linguistique, la *Revue de droit linguistique* est publiée gratuitement sur le site Web de l'Observatoire international des droits linguistiques. Que la *Revue* soit offerte gratuitement aux juristes et aux chercheurs de partout au monde ainsi qu'au grand public était le souhait de l'Observatoire, lequel a notamment pour mandat de développer, appuyer et promouvoir la formation et la recherche en matière de droits linguistiques sur les scènes provinciale, nationale et internationale.

La *Revue de droit linguistique* accepte en tout temps des textes et vous invite donc à nous faire parvenir vos manuscrits à l'adresse info@droitslinguistiques.ca.

Les opinions exprimées dans la *Revue de droit linguistique* n'engagent que la responsabilité des auteures et des auteurs.

Protocole de rédaction

La *Revue* accepte les articles, les commentaires d'arrêt et les recensions de livre. Tous les textes reçus seront lus par le rédacteur en chef de la *Revue* et, si les textes sont de qualités universitaires, les articles seront ensuite soumis au processus d'évaluation par les pairs. Si les experts jugent que l'article contribuera à l'avancement des connaissances dans le domaine du droit linguistique, il sera publié. Si les experts rejettent l'article, il sera retourné à l'auteur avec les commentaires justifiant son refus. Ayant été approuvé pour publication, l'article sera ensuite mis en forme et publié.

La *Revue de droit linguistique* publiera majoritairement des textes en français, mais elle acceptera de publier un certain nombre de textes dans une autre langue, pour autant que le ratio n'excède pas 20 % des textes publiés dans un volume. La *Revue* se réserve le droit de faire des petites corrections grammaticales, ainsi qu'à la forme du texte et au mode de référence. Aucune modification importante ne sera effectuée sans le consentement de l'auteur. Tous les textes doivent nous être envoyés en format Word à l'adresse info@droitslinguistiques.ca.

Droits d’auteur

En acceptant de publier leur texte au sein de la *Revue de droit linguistique*, tous les auteurs accordent implicitement une licence permettant à l’Observatoire international des droits linguistiques de publier le texte. Cette licence a seulement pour but de permettre la reproduction du texte, l’auteur n’y cède par le fait même aucun droit. Veuillez consulter notre clause de non responsabilité à l’adresse suivante : www.droitslinguistiques.ca/revue.

Résumé

Les articles devraient être accompagnés d’un résumé. Dans le cas des textes publiés dans une autre langue, ce résumé doit être, en plus de la langue dans laquelle le texte a été écrit, en français ou en anglais.

Traduction

Les auteurs peuvent également proposer une traduction d’un article pour publication au sein de la *Revue de droit linguistique*.

Notes de bas de page et références

S’agissant des textes en provenance du Canada, les notes de bas de pages et les références devraient être conformes à l’édition la plus récente du *Manuel canadien de la référence juridique*. S’agissant des textes en provenance des autres pays, les références devraient être rédigées dans un style cohérent. Les notes de bas de page sont de mise par opposition aux notes de fin de texte.

S’agissant de la référence de la Revue, elle aura la même forme qu’une revue publiée en format papier : Nom, « titre » (2014) 1 RDL 38. La pagination se construira également comme si les textes se suivaient dans un volume.

La raison d'être de la *Revue de droit linguistique*

Michel Doucet

La Faculté de droit de l'Université de Moncton a toujours eu pour mission de faire connaître et d'approfondir la recherche en matière de droit linguistique. Le fait qu'elle soit située dans la seule province officiellement bilingue au Canada donne un élan supplémentaire à cette mission.

Le Nouveau-Brunswick, à l'instar du Canada, a en effet adopté sa première *Loi sur les langues officielles* en 1969. En 1982, le Canada et Nouveau-Brunswick constitutionnalisent tous deux leurs garanties linguistiques en les inscrivant dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. En 1993, la province du Nouveau-Brunswick pousse un peu plus loin la reconnaissance de ces droits en officialisant, à l'article 16.1 de la *Charte*, la reconnaissance de l'égalité de ses deux communautés linguistiques.

L'Observatoire international des droits linguistiques est créé en 2010 par la Faculté de droit de l'Université de Moncton. Son mandat est de « développer, appuyer et promouvoir la formation et la recherche en matière de droits linguistiques dans les programmes de la Faculté de droit de l'Université de Moncton et sur les scènes provinciale, nationale et internationale ».

Depuis sa création, l'Observatoire a certes fait sentir sa présence tant au Canada qu'à l'étranger. Parmi ses nombreuses réalisations, l'Observatoire a notamment organisé et participé à de nombreux colloques, publié des actes de colloque et dirigé la publication de la 3^e édition de l'ouvrage collectif *Les droits linguistiques au Canada*. Fier de ces accomplissements, l'Observatoire regrettait toutefois le manque d'outil de publication en matière de droit linguistique. La *Revue de droit linguistique* est destinée à combler ce vide. À l'instar des autres revues académiques, ses articles seront évalués par des pairs avant leur publication afin d'en assurer la pertinence et la rigueur scientifique. Trois particularités la distingueront cependant des autres revues : la *Revue des droits linguistiques* sera seulement publiée en format numérique, ses articles seront publiés de façon continue et elle sera offerte gratuitement sur le site Internet de l'Observatoire.

Avant le lancement de la *Revue de droit linguistique*, bon nombre d'articles portant sur le sujet étaient publiés dans la *Revue de la common law en français*. Depuis que la publication de cette dernière a cessé, les articles qui lui étaient destinés se retrouvent ici et là dans des revues à vocation générale. L'existence d'une revue dédiée spécifiquement au droit linguistique nous semble donc essentielle.

En sa qualité de centre de recherche de la Faculté de droit de l'Université de Moncton, l'Observatoire se doit de publier principalement des articles écrits en français dans la *Revue de droit linguistique*. Cependant, en tant que centre de recherche à vocation

internationale, l'Observatoire y publiera également certains articles écrits dans d'autres langues.

L'Observatoire est convaincu que la *Revue de droit linguistique* jouera un rôle considérable dans l'avancement des connaissances en droit linguistique au Canada et ailleurs dans le monde. Puisque son succès dépend de vous, son seul souhait est que vous partagiez cette conviction!

Qui se marie prend pays : le divorce exogame, la garde des enfants et le droit constitutionnel à l’instruction dans la langue de la minorité

François Larocque et Mark Power[†]

Introduction

Les origines du proverbe « *Qui prend mari prend pays* » demeurent nébuleuses¹. Il exprime généralement l’obligation qu’avait la femme dans certaines sociétés de s’accommoder de la vie et des attributs de son mari². Au 21^e siècle, cet adage se prête commutativement aux deux sexes³ et s’emploie à plusieurs sauces pour décrire généralement – quoique encore de manière assez fataliste – l’obligation des époux d’assumer les conséquences de leur choix de conjoint. En droit canadien, on le retrouve fréquemment cité dans la jurisprudence⁴ et la doctrine⁵ pour évoquer certaines incidences historiques du mariage et du colonialisme sur les

[†] François Larocque est professeur au Programme de common law en français de la Faculté de droit de l’Université d’Ottawa. Mark C. Power est avocat et chargé de cours au Programme de common law en français de la Faculté de droit de l’Université d’Ottawa. Les auteurs remercient Marielle Milot pour son assistance à la recherche, Maîtres Jo-Anne Thibodeau et Dawn Bourque pour leurs conseils, ainsi que le Programme d’appui aux droits linguistiques.

¹ Pierre DesRuisseaux, *Le livre des proverbes québécois*, Montréal, Hurtibise HMH, 1978 à la p 149.

² Albert Valdman et al, *Dictionary of Louisiana French as Spoken in Cajun, Creole and American Indian Communities*, Jackson, University Press of Mississippi, 2010 à la p 386.

³ Alec Gastonguay, « Qui prend femme prend pays » *Le Devoir* (14 juillet 2008) ; Andrée Côté, Michèle Kérisit, Marie-Louise Côté, *Qui prend pays... : L’impact du parrainage sur les droits à l’égalité des femmes immigrantes*, Condition féminine du Canada, 2001, Publications Canada, en ligne : <<http://publications.gc.ca/collections/Collection/SW21-54-2000F.pdf>>.

⁴ Voir notamment *Bande de Sawridge c Canada*, [1995] ACF n° 1013 aux para 98-117, [1995] 4 CNLR 121 (1^{ère} inst) où la Cour fédérale discute de la preuve historique portant sur les coutumes ancestrales des bandes Sawbridge, Ermineskin et Sarcis. Au para 98, la Cour résume les prétentions des parties, à l’effet notamment « que les communautés autochtones demanderesse ont, depuis les temps ancestraux, décidé qui étaient leurs membres dans leurs territoires, selon leurs coutumes traditionnelles, notamment celles voulant que *la femme qui prend mari prend pays* ». Le dicton est employé dans divers envols de style judiciaire dans les affaires *Taylor c Canada (MCI)*, [2006] ACF n° 1328 au para 75, 2006 CF 1053 (1^{ère} inst) ; *JF c MB*, [2003] JQ n° 8521 au para 2, [2003] RDF 630 (CS) ; *VA c SF*, [2000] JQ n° 5556 au para 9, [2001] RJQ 36 (CA) ; *GN c ML*, [1998] JQ n° 4692 au para 51 (CS) ; *LA c MV*, [1991] JQ n° 247 au para 8, [1991] RDF 145 (CA).

⁵ Sébastien Grammond, « La mémoire du colonialisme et les droits des autochtones au Canada » dans Serge Jaumin et Éric Remacle, dir, *Mémoire de guerre et construction de la paix*, Bruxelles, P.I.E-Peter Lang, 2006, 117 qui l’évoque pour qualifier les dispositions discriminatoires de la *Loi sur les indiens* qui faisaient en sorte qu’une femme autochtone qui mariait un homme non-autochtone perdait son statut en vertu de la loi. Pour sa part, l’homme autochtone pouvait transmettre son statut d’Indien à sa femme non-autochtone. Ce régime, comme l’indique Grammond à la p 122, « s’agissait en quelque sorte d’une traduction juridique de l’adage ‘*qui prend mari prend pays*’ ». Voir aussi Nicholas Kassirer, « The Dance is One » dans Silvio Normand, dir, *Mélanges offerts au professeur François Frénette : études portant sur le droit patrimonial*, Québec, Presses de l’Université Laval, 2006, 13 à la p 19 où le dicton est employé pour décrire les incidences du concept de *vie commune* dans l’ancien *Code civil du Bas-Canada*, LQ 1971, c 84 et, notamment, l’article 23 qui prévoyait la naturalisation de la ressortissante étrangère qui mariait un sujet britannique, adoptant ainsi littéralement le pays

conjointes et leurs rapports à l'État. Pour les fins de cet article, toutefois, il sera question de droits linguistiques et culturels et, plus spécifiquement, de l'impératif de leur protection dans le sillon du divorce.

S'il est vrai, comme le veut le dicton, que quiconque se marie prend pays, que se passe-t-il lorsque des conjoints linguistiquement exogames⁶ se divorcent et que le « pays » en question est le Canada, un pays ayant deux langues officielles et une Constitution qui protège le droit des communautés de langue officielle de faire instruire leurs enfants dans leur langue ? L'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷ (« Charte ») revêt un caractère réparateur pour les communautés de langue officielle en situation minoritaire en leur garantissant le droit à l'éducation primaire et secondaire dans leur langue⁸. Cette disposition constitutionnelle se distingue de par sa portée collective et intergénérationnelle : elle accorde au citoyen canadien des droits dont ses enfants, ses descendants et sa communauté linguistique sont les principaux bénéficiaires. Or, avec un taux d'exogamie national aussi élevé⁹, un nombre croissant de séparations et de divorces¹⁰ et d'ententes parentales en matière d'éducation des enfants¹¹, il sied de s'interroger sur l'application de l'article 23 dans le contexte des ordonnances de garde lorsque les conjoints exogames ne parviennent pas à s'entendre sur la langue d'instruction de leurs enfants.

de son mari. Voir aussi Lucie Lequin et Maïr Verthuy, *Multi-culture, multi-écriture : la voix migrante au féminin en France et au Canada*, Paris, L'Harmattan, 1996 à la p 1 où les auteures évoquent l'ancien dicton pour décrire le rapport traditionnel des femmes à l'État et le principe voulant que leur identité et citoyenneté étaient tributaires de celles de leur père ou de leur mari.

⁶ Quoique le terme « exogame » revêt plusieurs acceptions, au Canada il réfère généralement au mariage ou l'union de fait entre francophones et anglophones. Phillis Dalley, « Héritiers de mariage mixtes : possibilités identitaires » (2006) 34 *Éducation et francophonie* 82 à la p 86.

⁷ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11 [*Charte*].

⁸ Voir Pierre Foucher et Mark Power, « Les droits linguistiques en matière scolaire » dans Michel Bastarache, dir, *Les droits linguistiques au Canada*, 2^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2004 à la p 415 [Foucher et Power]. L'éducation qui est garantie par la *Charte* semble être l'éducation primaire et secondaire. Il existe encore un débat au sujet de l'accès à des écoles maternelles dans la langue de la minorité. Voir à ce sujet : *Association des Parents ayants droit de Yellowknife et al c Procureur Général des Territoires du Nord-Ouest et al*, 2012 CSTN-O 43 aux para 754-60, 2012 CarswellNWT 41.

⁹ En 1997, le taux d'exogamie atteignait 21 % au Nouveau-Brunswick, 52 % en Ontario, 58 % au Manitoba, et plus de 70 % dans les autres provinces de l'Ouest et les Territoires du Nord-Ouest. Rodrigue Landry et Réal Allard, « L'exogamie et le maintien de deux langues et de deux cultures : le rôle de la francité familioscolaire » (1997) 23 : 3 *Revue des sciences de l'éducation* 564 [Landry et Allard, « L'exogamie et le maintien de deux langues... »]. Voir aussi Jean-Pierre Corbeil, Claude Grenier et Sylvie Lafrenière, « Les minorités prennent la parole : résultats de l'Enquête sur la vitalité des minorités de langue officielle » (2006) *Statistique Canada* [Corbeil, Grenier et Lafrenière].

¹⁰ Mary Bess Kelly, « Les causes de divorce traitées par les tribunaux civils en 2010-2011 » (28 mars 2012) *Juristat* 1 à la p 8.

¹¹ Paul Robinson, « Le rôle parental après une séparation ou un divorce : profil des ententes au sujet du temps passé avec les enfants et de la prise de décisions les concernant » (octobre 2009) 29:4 *Juristat* 1 à la p 7.

Cette question n'avait pas fait l'objet de réflexion judiciaire sérieuse avant l'affaire *Perron c. Perron*¹², une instance portant sur la possibilité d'ordonner que les enfants d'un couple exogame en voie de divorce soient inscrits dans une école homogène de langue française. Le jugement de première instance met en valeur la confusion perdurant entre les systèmes d'éducation homogène dans la langue de la minorité¹³ et d'immersion, tandis que le parent faisant valoir ses droits en vertu de l'article 23 de la *Charte* a avancé la différence entre ces systèmes, non seulement sur le développement identitaire des enfants, mais aussi sur la transmission intergénérationnelle du droit patrimonial à une éducation dans la langue de la minorité. Le litige fait aussi ressortir la question d'application de la *Charte* dans le cadre de décisions pour la garde d'enfants. Un parent peut-il exiger l'exercice de son droit constitutionnel contre le gré de son conjoint ou encore de son enfant ? La *Charte* est silencieuse à ce sujet et le principe de l'intérêt véritable de l'enfant, qui est la considération maîtresse de tout jugement de divorce impliquant des enfants¹⁴, crée parfois des conflits avec l'impératif constitutionnel de l'article 23. Le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario a fait la lumière sur ces questions en établissant une présomption en faveur de l'instruction dans la langue de la minorité dans certaines circonstances et en fournissant un cadre juridique permettant de soupeser l'importance du rôle de l'article 23 dans l'appréciation judiciaire de l'intérêt véritable des enfants.

Les parents en désaccord à propos de la langue d'éducation de leurs enfants ont de plus en plus recours aux tribunaux pour adjuger leurs différends. Les affaires *Potter c. Dhieux*¹⁵, *Perron c. Perron* en 2012 et *Trudel c. Bidner*¹⁶, survenues en 2011, sont les premiers recours privés concernant le français comme langue d'éducation depuis l'affaire *Chauvin v. Chauvin*¹⁷ qui avait établi le précédent en 1987. Ces plus récents litiges ont tous été entendus par la Cour d'appel de l'Ontario. Il est peu probable, étant donné le taux d'exogamie et de séparations, que cette hausse du nombre de recours aux tribunaux pour traiter des questions de la langue d'éducation soit passagère. Cette augmentation indique plutôt à notre avis la nécessité de clarifier la question de la langue d'instruction dans les ordonnances de garde et le rôle de l'article 23 de la *Charte* à cet égard.

Cet article est divisé en deux parties. La première partie présentera les faits et les décisions de la Cour supérieure de justice et de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Perron c. Perron*. Cette présentation permettra de bien cerner les enjeux que soulève la langue d'instruction lorsqu'un couple exogame se sépare ou se divorce. Dans la seconde partie, nous présenterons trois considérations qui appuient la reconnaissance d'une présomption favorisant l'instruction dans la langue de la minorité. Premièrement (A), l'instruction dans une école gérée et contrôlée par la minorité linguistique est dans l'intérêt personnel de l'enfant issu d'un couple

¹² *Perron c Perron*, 2012 ONCA 811, 113 OR (3^e) 612 [*Perron 2012*], confirmant 2010 ONSC 1482, [2010] OJ n^o 6053 (QL) [*Perron 2010*]. Il nous incombe de signaler que les deux auteurs étaient les avocats de l'appelant à la Cour d'appel de l'Ontario.

¹³ L'éducation homogène se dit d'un système scolaire où, « sauf pour les cours de langues, l'instruction se fait entièrement dans la langue de la minorité linguistique officielle » (Foucher et Power, *supra* note 8 à la p 407).

¹⁴ *Loi sur le divorce*, LRC 1985, c 3 (2^e supp), art 16(3) [*Loi sur le divorce*] ; *Gordon c Goertz*, [1996] 2 RCS 27 au para 49, 134 DLR (4^e) 321 [*Goertz*].

¹⁵ *Potter c Dhieux*, 2012 ONSC 4498, 2012 CarswellOnt 9609.

¹⁶ *Trudel c Bidner*, 2011 ONSC 4997, [2012] WDFL 657.

¹⁷ [1987] 6 RFL (3^e) 403, [1987] OJ n^o 2280 (QL) (C de dist) [*Chauvin*].

exogame divorcé puisqu'elle favorise le contact avec ses deux parents et permet l'acquisition de leurs langues respectives. Ce bilinguisme, jumelé à une forte identité culturelle, est bénéfique pour le développement personnel de l'enfant dont les horizons et les perspectives de carrière s'élargiront¹⁸. Deuxièmement (B), l'acquisition des droits protégés par l'article 23 de la *Charte* permettra aussi à cet enfant, un jour, de partager son héritage culturel et linguistique avec ses enfants, transmission intergénérationnelle qu'une éducation dans la langue de la majorité n'assure aucunement¹⁹. L'article 23 de la *Charte* enchâsse des droits réparateurs et exige qu'on lui prête une interprétation large et compatible avec son objet²⁰. Les communautés de langue officielle en situation minoritaire dépendent de la relève d'enfants d'âge scolaire pour survivre et s'épanouir²¹. Les décisions judiciaires qui touchent à l'accès des enfants aux écoles homogènes de langue française auront vraisemblablement des répercussions sur les communautés de langue officielle et sur les générations futures. Troisièmement (C), la vulnérabilité linguistique et culturelle des populations francophones hors Québec justifie l'exercice de la compétence *parens patriae* des cours supérieures afin de protéger ces enfants et leurs communautés en favorisant leur épanouissement par l'entremise de l'instruction dans des écoles homogène de langue française.

Cet article souligne en conclusion que le cadre juridique formulé par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Perron c. Perron* représente sans contredit une avancée importante pour les familles et les communautés de langues officielles au Canada. Toutefois, à notre avis, il aurait été préférable de préciser la hiérarchie qualitative qu'il convient d'attribuer aux divers facteurs que les cours doivent désormais soupeser dans l'appréciation de l'intérêt véritable des enfants issus de couple exogames. En tout état de cause, les dimensions collectives et intergénérationnelles des droits protégés par l'article 23 de la *Charte* et l'importance de ces droits pour la construction identitaire de l'enfant et pour l'épanouissement de sa communauté justifient la reconnaissance d'une présomption en faveur de l'instruction dans les écoles homogènes de la minorité de langue officielle concernée.

¹⁸ Par exemple, le taux de chômage des francophones en Ontario est plus faible que celui des anglophones. De plus, les francophones gagnent des salaires plus élevés. Source : Réseau national de développement économique francophone, « Profils socio-économiques – Ontario », en ligne : <http://www.rdee.ca/statistique/fr/ontario/Hamilton/coup_oeil.html>.

¹⁹ Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, volume II, L'éducation, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968 à la p 8.

²⁰ *Mahé c Alberta*, [1990] 1 RCS 342 à la p 363, 68 DLR (4^e) 69 [Mahé] ; *Arsenault-Cameron c Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, [2000] 1 RCS 3 au para 26 [Arsenault-Cameron] ; *Re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 47 RJO (2^e) 1 (CA).

²¹ Rodrigue Landry, *Libérer le potentiel caché de l'exogamie*, 2003, Commission nationale des parents francophones, à la p 4 [Landry, *Libérer le potentiel...*].

I – L’affaire *Perron c. Perron*

A – Les faits

Les faits pertinents pour les fins de cet article se résument ainsi²². Madame Waring (anciennement Perron) et Monsieur Perron formaient un couple exogame. Ils se sont mariés en 1996 et séparés en 2006. Ils ont eu trois enfants durant leur mariage : William, Matthew et Emma. Le français est la première langue apprise et toujours comprise de Monsieur Perron. Il provient d’une famille francophone du Québec et il a appris l’anglais en tant qu’adulte. Il travaille en tant qu’enseignant dans une école homogène de langue française à Hamilton, dans le sud-ouest de l’Ontario, où il agit notamment comme personne ressource dans le cadre des programmes d’actualisation et de rattrapage linguistique. Il tient fermement à la langue et la culture française et souhaite les transmettre à ses trois enfants. Pour sa part, Madame Waring est une anglophone originaire du sud-ouest de l’Ontario qui travaille au ministère de la Défense nationale à Hamilton. Bien qu’elle possède une certaine capacité à s’exprimer en français, Madame Waring ne jouit d’aucun droit aux termes de l’article 23 de la *Charte* au moment où elle rencontre Monsieur Perron. Elle n’utilise pas la langue française dans ses activités quotidiennes et elle ne parle pas en français à ses enfants à la maison. Néanmoins, le couple avait convenu durant leur mariage que les enfants recevraient leur éducation en français. Ils avaient même exprimé ce souhait dans leurs testaments respectifs.

À la suite de leur séparation en 2006, Madame Waring ne veut plus que ses enfants soient instruits dans une école homogène de langue française. Madame Waring craint notamment que ses enfants n’apprennent pas l’anglais s’ils étaient inscrits dans une école homogène de langue française et, par conséquent, que leurs choix universitaires seraient limités²³. Elle affirme aussi se sentir mal à l’aise en tant qu’Anglophone avec des enfants inscrits dans une école homogène de langue française²⁴. Après la séparation, Madame Waring a inscrit leur fils aîné William dans une école homogène de langue anglaise située plus près de sa demeure²⁵. Monsieur Perron s’oppose à cette décision et l’année suivante William est inscrit à l’École St. Eugene, une école de langue anglaise offrant un programme d’immersion en langue française, où la moitié des cours sont offerts en anglais et l’autre moitié en français²⁶. Matthew et Emma sont inscrits à la même école par la suite. Monsieur Perron s’oppose également à l’inscription de ses enfants à l’école d’immersion, revendiquant plutôt l’inscription de ses enfants dans une école homogène de langue française. La preuve au procès²⁷ révèle qu’à l’École St. Eugene, certains cours en français ne sont pas enseignés par des Francophones. La directrice de l’École St. Eugene – qui ne parle pas français – témoigne au procès que son école a pour but d’aider les enfants à devenir bilingue. Par ailleurs, toutes les annonces au sein de l’École St. Eugene se font en anglais. Depuis la séparation, Monsieur Perron remarque l’effet de l’assimilation sur ses enfants. Ceux-ci

²² Voir *Perron 2010*, *supra* note 12 aux para 5-9, 19, 49, 55-56, 81, 88 ; *Perron 2012*, *supra* note 12 aux para 5-11.

²³ *Perron 2010*, *ibid* aux para 17, 19.

²⁴ *Ibid* au para 18.

²⁵ *Ibid* aux para 15, 56.

²⁶ *Ibid* au para 69.

²⁷ *Ibid* aux para 70, 71, 73, 81 et 86.

deviennent Anglophones et éprouvent de la difficulté à communiquer en français avec leur père et sa famille.

B – La décision de première instance

Au procès, Monsieur Perron demande la garde exclusive des enfants ou, subsidiairement, la garde partagée. Il demande également à la cour d'ordonner que ses trois enfants soient inscrits dans une école homogène de langue française²⁸. Aux dires du juge de première instance, « the trial proceeded as a *cause célèbre* [sic] for language rights »²⁹ : le procès est instruit en tant qu'instance bilingue³⁰ et dure 10 jours en tout. Au terme du procès, la cour accorde la garde exclusive des enfants à Madame Waring et un droit d'accès à Monsieur Perron³¹. Comme l'a noté la Cour d'appel de l'Ontario, les « motifs du juge de première instance énoncent bon nombre de conclusions défavorables à l'égard de [Monsieur Perron] qui appuient sa décision de rejeter l'accord de la garde conjointe aux parties. Les motifs du juge de première instance sont toutefois silencieux quant à la possibilité d'accorder la garde à l'intimée avec une condition portant sur la langue d'instruction des enfants »³².

Dans les passages saillants de ses motifs, le juge de première instance affirme ce qui suit concernant la langue d'instruction des enfants :

[131] Much has been said about the language rights of these children. One recognizes that assimilation or isolation of a language and cultural group impacts upon the survival of a cultural and linguistic heritage. A language must be practiced and experienced frequently, otherwise it is lost or the speakers become “rusty”.

[132] *Having said that, Mr. Perron married Monique Waring with his eyes open. She was not a francophone. However, she did have a French heritage through her mother and she does have some facility in the language. Does that now mean that Mr. Perron can somehow trump where Ms. Waring is at culturally and linguistically? Of course not.* The Perron children have started a path towards possible bilingualism. French is not discouraged in the household of the mother; it is not as much of a way of life as it is with the father. Mr. Perron was originally comfortable with his children being in French Emersion schools. He now resiles from that position.

[133] *There is no doubt that a fully French school would advance the French language capabilities of the Perron children more so than at French Emersion [sic] school. Having said that, the French Emersion [sic] school is still a viable way of introducing the children to the language.* It may not be as intensive, but the

²⁸ Perron 2012, *supra* note 12 au para 12.

²⁹ Perron c Perron, 2010 ONSC 4223 au para 9 (CanLII) (Jugement sur les dépens.) Les italiques et erreur de français se retrouvent dans le texte original.

³⁰ En Ontario, une « instance bilingue » est une instance qui se déroule en tout ou en partie en français : *Loi sur les tribunaux judiciaires*, LRO 1990, c C-43, art 126.

³¹ Perron 2010, *supra* note 12 au para 170.

³² *Ibid* au para 14.

children will still have a significant exposure, which will no doubt assist them in the future.

[134] The acquisition and preservation of language skills are a lifetime occupation. It is possible that as the children age they will want to further pursue this aspect of their roots by attending a French Secondary School or even University. There is no impediment to this in an officially bilingual country where bilingualism is widely extolled.

[135] It is equally possible that the children will not pursue learning the French language. Actually, in this situation the intensive efforts of the father may have the undesired effect of alienating them from this pursuit. Time will tell how these children embrace French, but they start off with a linguistic resource from both parents that few Anglophone children have.

[136] *The language issue in this trial is in some ways a distraction from what is in the best interests of the children.* French facilitating does not detract from the serious shortcomings of Mr. Perron as a parent capable of sharing his children. *In a way, it (the French language and culture) could be used by him to culturally isolate the mother.* As mentioned, he has already demonstrated a tendency to isolate her by means of his portrayal of himself to the children as the “victim” in this situation and the disparaging remarks. *This court does not trust him to be balanced and objective with respect to the parental and cultural rights of the mother* [nos italiques]³³.

La première phrase du paragraphe 132 est étonnante. Elle évoque en quelque sorte la morale fataliste du dicton dont il était question dans l’introduction de cet article, et laisse entendre que Monsieur Perron savait ou aurait dû savoir que l’avenir francophone de ses enfants serait mis en péril du fait qu’il avait marié une anglophone. Également étonnants sont les passages au paragraphe 133 sur la capacité des écoles de langue anglaise offrant des programmes d’immersion en français d’assurer la francité des enfants et ceux au paragraphe 136 suggérant que la langue de la minorité pourrait être utilisée en l’espèce pour isoler culturellement un membre de la majorité linguistique. La référence aux «cultural rights of the mother» au paragraphe 136 est aussi curieuse. Nous reviendrons sur ces commentaires émis par le juge du procès plus loin dans cet article.

C – La décision de la Cour d’appel de l’Ontario

Monsieur Perron interjette appel, mais non sans difficultés procédurales³⁴. Sur le fond, Monsieur Perron conteste la décision du juge de première instance à l’égard de la langue d’instruction des enfants, de la garde des enfants et de l’évaluation des biens familiaux nets. Toutefois, au moment de l’audience, Monsieur Perron a abandonné ces deux derniers motifs

³³ *Ibid* aux para 131-136.

³⁴ *Perron c Perron*, 2011 ONCA 776. La Cour d’appel de l’Ontario a ordonné Monsieur Perron de verser une caution sur les dépens étant donné son insolvabilité et le caractère inédit de son pourvoi.

d'appel pour se concentrer uniquement sur la question de la langue d'instruction de ses enfants³⁵. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le juge du procès avait commis une erreur de droit en omettant « d'envisager la possibilité d'ordonner l'instruction homogène en langue française comme une condition à l'ordonnance de garde »³⁶.

Au nom d'une Cour unanime, le juge Rouleau débute son analyse en définissant le contexte juridique dans lequel survenait l'appel de Monsieur Perron. Il rappelle d'emblée ce que la Cour suprême du Canada a reconnu dans l'affaire *Solski (Tuteur de) c. Québec*, c'est-à-dire « qu'il serait contraire à l'objet de [l'article 23 de la *Charte*] d'assimiler les programmes d'immersion à l'enseignement dans la langue de la minorité »³⁷. Le juge Rouleau renchérit : « [l]instruction en français offerte dans une école homogène de langue française est nettement différente de celle offerte dans un programme d'immersion en français. L'école homogène de langue française répond aux besoins culturels et linguistiques de la communauté francophone. Au contraire, le programme d'immersion en français est conçu pour anglophones dans un environnement de la majorité linguistique anglaise et offre une instruction bilingue »³⁸. La Cour rappelle également que l'instruction dans la langue française en Ontario est encadrée par la *Politique d'aménagement linguistique de l'Ontario pour l'éducation en langue française* qui établit « les conditions d'enseignement et d'apprentissage qui favorisent la transmission de la langue et de la culture françaises »³⁹. En parallèle à l'acquisition et à la transmissibilité de la langue et de la culture françaises, la Cour d'appel a reconnu que le contexte anglo-dominant de la province « contraint généralement l'enfant à communiquer dans cette langue dans sa vie courante et d'acquérir conséquemment une connaissance de la langue de la majorité »⁴⁰. Ces bienfaits, souligne la Cour, se font particulièrement sentir dans le contexte des familles exogames puisque l'apprentissage et la maîtrise des deux langues favorisent le contact avec les deux parents, et non pas exclusivement avec le parent qui relève de la culture majoritaire⁴¹. Enfin, la Cour précise que la question de la langue d'instruction est « un aspect des droits accessoires à la garde de l'enfant » au sens de *Loi portant réforme du droit de l'enfance*⁴² qui doit toujours se régler en fonction de « l'intérêt véritable de l'enfant »⁴³. Seule « une erreur importante, une erreur significative dans l'appréciation de la preuve ou une erreur de droit » permettrait à la Cour d'appel d'intervenir et de modifier un aspect de l'ordonnance de garde du juge du procès⁴⁴.

³⁵ *Perron 2012, supra note 12* aux para 15, 37.

³⁶ *Ibid* au para 4.

³⁷ *Solski (Tuteur de) c Québec (PG)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 RCS 201 au para 50 [*Solski*].

³⁸ *Perron 2012, supra note 12* au para 18.

³⁹ Ontario, Ministère de l'Éducation, *Politique d'aménagement linguistique de l'Ontario pour l'éducation en langue française*, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2004 à la p 2, tel que cité dans *Perron 2012, ibid* au para 19.

⁴⁰ *Perron 2012, ibid* au para 20.

⁴¹ *Ibid* au para 21.

⁴² *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, LRO 1990, c C.12, art 28(1)b [*Loi portant réforme du droit de l'enfance*].

⁴³ *Ibid*, art 24(1)-(2).

⁴⁴ *Perron 2012, supra note 12* aux para 25-27. Voir aussi *Ursic v Ursic* (2006), 32 RFL (6^e) 23, [2006] OJ n° 2178 au para 32 (CA) (QL).

La Cour d'appel a conclu que le juge du procès était tenu dans les circonstances de l'affaire dont il était saisi de considérer la possibilité d'assortir l'ordonnance de garde d'une condition afférente à la langue d'instruction des enfants⁴⁵. Cette possibilité est expressément prévue par la loi⁴⁶, amplement soutenue par la jurisprudence⁴⁷ et Monsieur Perron en avait fait explicitement la demande dans ses actes de procédure⁴⁸. De plus, selon la Cour d'appel, le premier juge disposait de toute la preuve nécessaire pour trancher la question de la langue d'instruction des enfants, dont notamment des données sur les taux d'assimilation linguistique à Hamilton et sur le rôle essentiel des écoles homogènes de langue française pour contrer le risque d'aliénation culturelle de la minorité francophone. Selon le juge Rouleau, « [l]'ensemble de ces preuves outillait la cour à correctement évaluer quelle langue d'instruction serait dans l'intérêt véritable de ces enfants »⁴⁹.

La Cour d'appel de l'Ontario aborde par la suite les critères applicables aux ordonnances accessoires relatives à la langue d'instruction des enfants. Selon le juge Rouleau, « tous les facteurs prévus au par. 24(2) de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* doivent être considérés »⁵⁰. Ces facteurs incluent notamment « la capacité et la volonté de chaque personne qui demande, par requête, la garde de l'enfant de lui donner des conseils, de s'occuper de son éducation »⁵¹. Citant à l'appui l'affaire *Van de Perre*⁵², la Cour d'appel note que les « facteurs linguistiques et culturels seuls ne peuvent dicter le résultat »⁵³, mais souligne que la question se présente différemment dans le contexte des langues officielles. Les propos du juge Rouleau à cet égard méritent à notre avis d'être reproduits intégralement :

[32] [...] *La langue d'instruction des enfants est importante* dans l'appréciation de l'intérêt véritable des enfants. Le juge de première instance devait comprendre ce facteur et [lui] accorder *le poids approprié* dans sa détermination des questions en litige. [...]

[42] À mon avis, *la cour doit être particulièrement sensible à la langue d'instruction dans le cas où il n'y a qu'un parent francophone et le parent anglophone se voit accorder la garde*. Dans de telles circonstances, il y aura nécessairement moins de contact avec le parent francophone et le milieu linguistique et culturel des enfants sera probablement celui de la majorité linguistique.

⁴⁵ *Perron 2012, ibid* aux para 35-37.

⁴⁶ *Loi sur le divorce, supra* note 14, art 16(6) (« ...l'ordonnance [de garde] peut être assujettie aux modalités ou restrictions que le tribunal estime justes et appropriées. »).

⁴⁷ Voir par exemple *Crites v Crites*, [2001] OJ n° 370 (QL), 2001 CanLII 32739 (CJ Ont); *Brown v Brown*, 2011 ONSC 2101, [2011] OJ n° 1802 (QL) ; *Madden v Richardson*, 2004 ONCJ 10, [2004] OJ n° 1532 (QL) ; *Chauvin, supra* note 17.

⁴⁸ *Perron 2012, supra* note 12 au para 34.

⁴⁹ *Ibid* au para 29.

⁵⁰ *Ibid* au para 40.

⁵¹ *Loi portant réforme du droit de l'enfance, supra* note 42, art 24(2)d).

⁵² *Van de Perre c Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 RCS 1014 [*Van de Perre*].

⁵³ *Perron 2012, supra* note 12 au para 40.

[43] Il est vrai que, dans le cas en l'espèce, le milieu scolaire est partiellement en français vu le programme d'immersion en français. Néanmoins, la cour doit constater que l'instruction en immersion en français reflète largement la culture majoritaire et que cet environnement rend plus difficile la transmission de la culture et de la langue françaises aux enfants ainsi que le maintien de cette langue parmi ceux-ci. Il y a donc un risque d'aliénation culturelle et linguistique des enfants auprès du père et de la famille paternelle.

[44] En milieu linguistique minoritaire, *les écoles homogènes de langue française sont généralement préférables* aux programmes d'immersion en français pour assurer le maintien et la transmission des deux langues, soit le français et l'anglais, et pour permettre aux enfants de bénéficier de l'avantage d'un bilinguisme de plus haut niveau. *Dans une région à forte majorité anglophone, une instruction homogène en langue française n'engendre pas la perte de la langue et de la culture de la majorité linguistique.* Il ne s'agit donc pas d'un choix de préférer la culture et la langue de la minorité plutôt que celles de la majorité. En milieu minoritaire, l'école homogène de langue française permet effectivement le maintien des liens culturels et linguistiques à la fois avec les parents francophone et anglophone. En vertu de l'al. 24(2)(d) de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, la langue d'instruction des enfants doit donc être prise en considération lors de la détermination de leur intérêt véritable.

[45] Tel qu'énoncé au par. 16(10) de la *Loi sur le divorce*, en rendant une ordonnance relative à la garde, « le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt ». *Partager la langue et culture des deux parents rend ces contacts plus enrichissants* pour les enfants et augmente la possibilité que ces derniers veuillent maintenir les deux langues et cultures.

[46] Une instruction homogène en langue française favorise également une connaissance approfondie des deux langues officielles du Canada ce qui ouvre les portes à de *plus grandes possibilités universitaires et d'emplois*. De plus, comme signalé par l'appelant, si les enfants reçoivent leur instruction au niveau primaire en langue française, *ils seraient assurés d'acquérir le droit en vertu de l'art. 23 de la Charte de faire instruire leurs futurs enfants dans la langue de la minorité*⁵⁴.

Ainsi, la Cour d'appel établit explicitement une présomption préférentielle à l'égard de l'instruction dans les écoles homogènes de la minorité linguistique dans le cas d'enfants issus de couples exogames (paragraphe 32, 42 et 44) ; elle note l'insuffisance des écoles d'immersion à cet égard (paragraphe 43) ; elle souligne l'importance de favoriser l'acquisition de la langue et la culture des deux parents (paragraphe 44 et 45) ; elle note les avantages du bilinguisme sur les plans des études et de la carrière (paragraphe 46) et l'importance de protéger la transmissibilité du droit garanti à l'article 23 de la *Charte*. La Cour rejette aussi la notion qu'un parent membre de la majorité linguistique risque l'isolement culturel en inscrivant ses enfants dans une école

⁵⁴ *Ibid* aux para 42-46.

homogène de la minorité, d'autant plus lorsque ce parent jouit de la garde exclusive (paragraphe 44).

Enfin, en se référant à la preuve au dossier, la Cour d'appel conclut que l'intérêt véritable des enfants et les « circonstances particulières de cette famille donnaient lieu à la possibilité d'assortir l'ordonnance de garde d'une condition pour l'instruction homogène en langue française »⁵⁵.

[A]u moment du procès, les facteurs suivants favorisaient une ordonnance voulant que les enfants reçoivent une instruction homogène en langue française :

- 1) le souhait de l'appelant et de l'intimée pendant leur mariage de faire instruire leurs enfants dans une école homogène de langue française ;
- 2) une plus grande maîtrise du français et, conséquemment, un bilinguisme de plus haut niveau ;
- 3) le maintien des liens culturels et linguistiques avec le parent francophone ainsi qu'avec la famille paternelle et la grand-mère maternelle de même qu'avec le parent et la famille anglophones ;
- 4) un bilinguisme de plus haut niveau permet plus de choix universitaires et de plus grandes possibilités d'emplois ; et
- 5) la certitude que les enfants auront le droit de faire instruire leurs futurs enfants dans la langue française en vertu de l'art. 23 de la *Charte*⁵⁶.

C'est ainsi que la Cour d'appel de l'Ontario élabore pour la première fois en droit canadien un cadre juridique permettant de soupeser les facteurs qui devraient éclairer l'appréciation de l'intérêt véritable des enfants issus de familles exogames pour qu'ils bénéficient de l'éducation au sein d'écoles homogènes de la minorité linguistique.

Malgré le fait d'avoir conclu à l'erreur de droit du juge du procès, la Cour d'appel de l'Ontario a néanmoins rejeté l'appel puisque trop de temps s'était écoulé depuis le procès en 2010 et qu'elle ne possédait donc pas, deux ans plus tard, la preuve nécessaire pour lui permettre de conclure qu'une ordonnance de transférer William, Matthew et Emma vers une école homogène de langue française serait dans leur intérêt véritable⁵⁷. Selon la Cour,

le fait que les enfants ont fréquenté l'école St. Eugene Catholic Elementary pour trois ans additionnels doit être ajouté aux préoccupations exprimées par le juge de première instance au sujet de la demande de changement d'école. Rappelons que selon l'affaire *Ursic*, il est nécessaire d'avoir une preuve convaincante pour appuyer une conclusion qu'il est dans l'intérêt véritable des enfants d'accorder une ordonnance de changement d'école. Je suis donc d'avis que, malgré les avantages

⁵⁵ *Ibid* au para 50.

⁵⁶ *Ibid* au para 47.

⁵⁷ *Ibid* au para 4, 53-55.

d'une instruction homogène en langue française pour ces enfants, un changement d'école à ce stade n'est pas dans l'intérêt véritable des enfants⁵⁸.

Avec égard, il est difficile de réconcilier le dispositif de la décision avec les conclusions de droit de la Cour d'appel dans cette affaire. Premièrement, si le spectre de l'assimilation linguistique, l'importance de maintenir les liens avec les deux parents, les avantages du bilinguisme, les meilleures perspectives d'étude et de carrière et l'importance d'assurer la transmissibilité du droit protégé par l'article 23 de la *Charte* militaient tous en faveur de la conclusion qu'il était dans l'intérêt véritable des enfants en 2010 que ceux-ci fréquentent une école homogène de langue française, *a fortiori* et à défaut d'une preuve au contraire, ces considérations soutiennent la même conclusion en 2012. À notre avis, le passage du temps a pour effet d'exacerber l'urgence d'une telle ordonnance. Selon la Cour suprême du Canada, les droits visés à l'article 23 de la *Charte* se conservent notamment en fonction du cheminement scolaire, souvent jugé le meilleur indice d'engagement authentique à cheminer dans la langue d'enseignement de la minorité. Le cheminement scolaire s'évalue à la fois de façon quantitative et qualitative, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'enfant, y compris le temps passé dans chaque école :

[...] y compris le temps passé dans chaque programme, l'étape des études à laquelle le choix de la langue d'instruction a été fait, les programmes qui sont offerts ou qui l'étaient et l'existence ou non de problèmes d'apprentissage ou d'autres difficultés.

[...]

[...] la pertinence de chaque facteur varie selon les faits de chaque cas et que la situation et le cheminement scolaire antérieur et actuel de l'enfant en question peuvent également faire intervenir d'autres facteurs⁵⁹.

Deuxièmement, le dispositif de la Cour d'appel entérine un problème systémique causé par les délais judiciaires normaux et auquel se heurteront inévitablement tous les parents qui interjettent appel des ordonnances de garde, notamment dans le cas d'instances bilingues⁶⁰. À notre avis, le passage du temps ne devrait pas donner lieu à une présomption en faveur du *statu quo* lorsque la conjoncture en question a été jugée contraire à l'intérêt véritable des enfants.

Nonobstant le dispositif dans cette affaire, il convient d'examiner de plus près le cadre juridique établi par la Cour d'appel de l'Ontario pour trancher les litiges portant sur la langue d'instruction des enfants issus de couple exogame et d'analyser les considérations qui soutiennent la présomption favorisant la protection du droit à l'instruction dans la langue officielle minoritaire.

⁵⁸ *Ibid* au para 54.

⁵⁹ *Solski*, *supra* note 37 aux paras 33 et 38.

⁶⁰ Voir généralement Ontario, Comité consultatif de la magistrature et du barreau sur les services en français auprès du procureur général de l'Ontario, *Accès à la justice en français*, 2012.

II – La protection du droit à l’instruction dans la langue officielle en situation minoritaire

Il importe d’emblée de bien distinguer la protection des langues officielles en situation minoritaire des autres enjeux identitaires – dont ceux liés par exemple à la race, la religion ou même aux autres langues que le français et l’anglais – que soulèvent parfois les ordonnances de garde ou les ordonnances afférentes à l’éducation des enfants. Dans l’affaire *Van de Perre*, la Cour suprême du Canada s’est prononcée au sujet du poids qu’il convient d’attribuer à l’identité raciale d’un enfant issu d’un père afro-américain et d’une mère canadienne de race blanche dans le cadre d’une ordonnance de garde. Selon la Cour, « l’identité raciale n’est qu’un des facteurs pouvant être considérés dans la détermination de l’identité personnelle; la pertinence de ce facteur dépend du contexte »⁶¹. La question de l’identité culturelle a subi le même traitement dans l’affaire *H (D) c. M (H)*⁶² où la Cour a refusé d’accorder au grand-père maternel la garde d’un enfant de père afro-américain et de mère canado-autochtone. L’objectif visant à favoriser le développement de l’identité autochtone n’a pas réussi à faire pencher la balance du côté maternel dans l’appréciation de l’intérêt véritable des enfants. À notre avis, cette jurisprudence est plus ou moins pertinente au contexte de la protection des droits linguistiques issus de famille exogames, et ce pour au moins trois raisons.

Premièrement, le régime de protection constitutionnel accordé aux caractéristiques identitaires comme le sexe, la race, l’ethnie ou la religion est permanent et inaliénable. Les enfants membres de ces communautés ne sont pas à risque de perdre la protection que leur accordent la *Charte* et les divers codes des droits de la personne, peu importe l’école qu’ils fréquentent ou l’identité du parent auquel ils sont confiés. Ce n’est pas le cas des enfants issus de familles exogames dont l’un des parents parle une langue officielle minoritaire. Ceux-ci perdront vraisemblablement les droits linguistiques que leur accorde l’article 23 de la *Charte* s’ils ne sont pas inscrits à une école homogène de la minorité linguistique. Au Canada, la transmissibilité du droit constitutionnel de faire instruire les enfants de la prochaine génération dans la langue de la minorité dépend en grande partie de l’exercice de ce droit par la génération antérieure. Autrement dit, les droits linguistiques protégés par l’article 23, de manière semblable au droit applicable aux marques de commerce⁶³, peuvent devenir caducs s’ils ne sont pas exercés.

Or, pour exercer et transmettre le droit à l’instruction dans leur langue maternelle fondé sur l’article 23 de la *Charte*, les membres des communautés de langue officielle en situation minoritaire doivent eux-mêmes avoir reçu leur instruction primaire dans la langue de la minorité, posséder le français comme première langue apprise et toujours comprise, ou encore avoir réussi à inscrire un enfant dans une école homogène de la minorité. Comme la langue française s’apprend aujourd’hui principalement à l’école et non au foyer, c’est de plus en plus en raison de la langue d’instruction lors de leurs études primaires que les parents acquièrent maintenant des droits sous l’article 23 de la *Charte*⁶⁴. Par conséquent, lorsqu’un enfant de la minorité

⁶¹ *Van de Perre*, *supra* note 52 au para 38. Références internes omises.

⁶² *H (D) c M (H)*, [1997] BCJ n° 2144 (CS) (QL).

⁶³ *Mattel, Inc c 3894207 Canada Inc*, 2006 CSC 22, [2006] 1 RCS 772 au para 5.

⁶⁴ Landry et Allard, « L’exogamie et le maintien de deux langues... », *supra* note 9 ; Rodrigue Landry, « L’éducation : pierre angulaire de la revitalisation des communautés francophones et acadiennes », Institut canadien de recherche sur les minorités linguistiques, 2005 [Landry, « L’éducation : pierre angulaire de la revitalisation... »] ; Landry, *Libérer le potentiel...*, *supra* note 21; Jules Rocque, « Vers l’élaboration d’une

francophone est placé dans une école de langue anglaise, qu'elle offre ou non un programme d'immersion en français, non seulement risque-t-il l'assimilation linguistique et culturelle, il perd vraisemblablement du coup la possibilité de transmettre son droit fondé sur l'article 23 de la *Charte* à sa progéniture puisqu'il ne satisfera vraisemblablement pas aux critères prévus aux alinéas 23(1) et (2) de la *Charte*. L'extinction d'un droit constitutionnel ne devrait jamais être pris à la légère, surtout lorsque ce droit revêt à la fois une dimension individuelle et collective. Cette réalité augmente considérablement l'importance qu'il convient d'attribuer à la question de la langue d'instruction des enfants issus de familles exogames dans le cadre des ordonnances de garde.

La deuxième considération découle de la première. La protection de l'identité anglophone au Québec, acadienne au Nouveau-Brunswick, en Nouvelle-Écosse, à l'Île-du-Prince-Édouard et à Terre-Neuve-et-Labrador et francophone à travers le Canada doit être très clairement distinguée des identités collectives typiquement protégées par l'article 15 de la *Charte* puisque ces dernières jouissent de programmes et d'initiatives axés sur la protection contre la discrimination. Le paragraphe 15(2) permet de défendre les membres de groupes énumérés au paragraphe 15(1) ou analogues à ceux-ci en créant des programmes de promotion collective pour atténuer la discrimination à laquelle ces groupes font face dans la société. La nature et l'étendue de ces programmes sont laissées entièrement à la charge de l'État et ne sont pas mandatés par la Constitution⁶⁵. Ce n'est pas le cas de l'article 23. Cette disposition « impose aux gouvernements l'obligation absolue de mobiliser des ressources et d'édicter des lois pour l'établissement de structures institutionnelles capitales »⁶⁶. Par conséquent, les lois et les principes de common law applicables au droit de la famille ne devraient pas limiter l'accès au droit à l'article 23 de la *Charte*, au risque, sinon, de porter atteinte à l'intention du constituant et à l'impératif national d'assurer l'épanouissement des communautés de langues officielles⁶⁷. Comme la Cour suprême du Canada l'a noté dans l'arrêt *Mahé*, « toute garantie générale de droits linguistiques, surtout dans le domaine de l'éducation, est indissociable d'une préoccupation à l'égard de la culture véhiculée par la langue en question »⁶⁸.

Troisièmement, les droits collectifs garantis par l'article 23 de la *Charte* sont assortis d'une autre condition importante qui détermine les conditions de possibilité de leur exercice, à savoir, la condition du nombre suffisant d'enfants admissibles⁶⁹. Ainsi, dans certaines régions, où le nombre d'enfants éligibles est faible, une ordonnance de faire instruire les enfants issus de couples exogames dans une école de la minorité aura non seulement un impact sur le développement personnel de ces enfants, mais aussi sur celui de leur communauté dans son ensemble. L'intérêt véritable de l'enfant d'acquérir et de participer à la langue de la minorité,

politique de l'exogamie dans le cadre de la gestion scolaire francophone en milieu minoritaire (2006) 8 RCLF 121 [Rocque, « Vers l'élaboration d'une politique de l'exogamie... »].

⁶⁵ *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 RCS 670 aux para 38-41 ; *R c Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 RCS 483 aux para 14-55.

⁶⁶ *Doucet-Boudreau c Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 RCS 3 au para 28 [*Doucet-Boudreau*] ; *Mahé*, *supra* note 20 à la p 389.

⁶⁷ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 au para 79, 161 DLR (4^e) 385 ; *R c Beaulac*, [1999] 1 RCS 768 au para 25, 173 DLR (4^e) 193 [*Beaulac*].

⁶⁸ *Mahé*, *supra* note 20 à la p 362.

⁶⁹ *Charte*, *supra* note 7, art 23(3) ; *Mahé*, *ibid* aux pp 366-67.

dans de telles circonstances, est inextricablement lié à l'intérêt véritable des autres enfants de la collectivité, et en définitive à l'intérêt de la communauté de langue officielle en tant que telle.

Ces considérations mettent en évidence la distinction entre la question de la langue d'instruction des enfants issus de familles exogames de celle des autres considérations identitaires telles que la race, l'ethnie ou la religion. En définitive, comme la noté la Cour suprême du Canada, les « droits à l'instruction dans la langue de la minorité, que garantit l'art. 23, ont un caractère unique »⁷⁰. C'est dans cette optique que la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Perron* a estimé qu'il était « nécessaire de signaler qu'au Canada et en Ontario la langue française a un statut spécial par rapport à d'autres langues »⁷¹. Selon nous, outre l'unicité des droits protégés par l'article 23 de la *Charte*, il existe au moins trois considérations qui appuient la reconnaissance d'une présomption en faveur de l'instruction dans la langue de la minorité, soit l'intérêt véritable de l'enfant, la dimension collective et intergénérationnelle du droit en question et la compétence que possède la cour de protéger les enfants qui font preuve d'une vulnérabilité à l'égard de la langue et de la culture. Ces considérations sont liées et seront abordées à tour de rôle.

A – L'intérêt véritable de l'enfant

L'intérêt véritable de l'enfant demeure le principe directeur dans le cadre des déterminations judiciaires de la garde des enfants et des droits accessoires à la garde. Le paragraphe 24(2) de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* établit une liste non exhaustive de facteurs qui doivent être pris en considération par la cour dans l'appréciation de l'intérêt véritable de l'enfant :

24. (2) Le tribunal prend en considération l'ensemble de la situation et des besoins de l'enfant, notamment :

- a) l'amour, l'affection et les liens affectifs qui existent entre l'enfant et :
 - (i) chaque personne qui a le droit de garde ou de visite, ou qui demande la garde ou le droit de visite,
 - (ii) les autres membres de la famille de l'enfant qui habitent avec lui,
 - (iii) les personnes qui soignent et éduquent l'enfant ;
- b) le point de vue et les préférences de l'enfant, s'ils peuvent être raisonnablement déterminés ;
- c) la durée de la période pendant laquelle

24. (2) The court shall consider all the child's needs and circumstances, including,

- (a) the love, affection and emotional ties between the child and,
 - (i) each person entitled to or claiming custody of or access to the child,
 - (ii) other members of the child's family who reside with the child, and
 - (iii) persons involved in the child's care and upbringing;
- (b) the child's views and preferences, if they can reasonably be ascertained;
- (c) the length of time the child has lived in a stable home environment;
- (d) the ability and willingness of each person applying for custody of the child to

⁷⁰ *Doucet-Boudreau*, *supra* note 66 au para 28.

⁷¹ *Perron 2012*, *supra* note 12 au para 17.

- l'enfant a vécu dans un foyer stable ;
- d) la capacité et la volonté de chaque personne qui demande, par requête, la garde de l'enfant de lui donner des conseils, de s'occuper de son éducation, de lui fournir les objets de première nécessité et de satisfaire ses besoins particuliers ;
- e) le projet que chaque personne qui présente une requête en vue d'obtenir la garde de l'enfant ou le droit de visite met de l'avant concernant les soins à donner à l'enfant et son éducation ;
- f) le caractère permanent et stable de la cellule familiale où l'on propose de placer l'enfant ;
- g) l'aptitude de chaque personne qui demande, par requête, la garde ou le droit de visite à agir en tant que père ou mère ;
- h) les liens du sang ou les liens établis en vertu d'une ordonnance d'adoption qui existent entre l'enfant et chaque personne qui est partie à la requête [nous soulignons].
- provide the child with guidance and education, the necessities of life and any special needs of the child;
- (e) the plan proposed by each person applying for custody of or access to the child for the child's care and upbringing;
- (f) the permanence and stability of the family unit with which it is proposed that the child will live;
- (g) the ability of each person applying for custody of or access to the child to act as a parent; and
- (h) the relationship by blood or through an adoption order between the child and each person who is a party to the application [nous soulignons].

Le caractère non exhaustif du paragraphe 24(2) de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* est bien reconnu⁷². Dans l'affaire *MacGyver*, la juge Abella affirme : « [c]leary, there is an inherent indeterminacy and elasticity to the "best interests" test ... »⁷³. Or, il ne fait aucun doute que l'expression « l'ensemble de la situation et des besoins de l'enfant » ("all the child's needs and circumstances") au paragraphe 24(2) est suffisamment large pour inclure la situation de l'enfant en tant que membre d'une communauté de langue officielle minoritaire. Ainsi, lorsqu'une ordonnance de garde ou une ordonnance concernant la langue d'instruction est rendue à l'égard d'un enfant issu d'un couple exogame, l'appréciation judiciaire de l'intérêt véritable de l'enfant doit tenir compte de son appartenance, le cas échéant, à une communauté de langue officielle minoritaire. En l'espèce, les enfants de Madame Waring et de Monsieur Perron font partie de la communauté franco-ontarienne de Hamilton, qui évolue bien sûr en situation minoritaire. Dans le cas de ces trois enfants, la reconnaissance de leur appartenance à la

⁷² *M(BP) v M(BLDE)* (1992), 42 RFL (3^e) 349 au para 26, 59 OAC 19 (CA Ont). Il est de jurisprudence constante que l'emploi du mot « notamment » en français et « including » en anglais dénote une énumération non exhaustive d'exemples qui ne limitent aucunement la portée générale du libellé introductif. *Lavigne c Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 RCS 773 au para 53. Voir aussi *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 RCS 485 au para 14 : « L'emploi du terme 'notamment' indique que la liste n'est pas exhaustive ; ... ».

⁷³ *MacGyver c Richards* (1995), 22 RJO (3^e) 481, [1995] OJ n^o 770 au para 27 (CA) (QL). Voir *Goertz, supra* note 14 au para 20.

communauté franco-ontarienne implique donc nécessairement la reconnaissance de leur vulnérabilité linguistique et culturelle, ainsi que celle de leur communauté.

Bien que le juge de première instance a considéré le fait que les enfants étaient membres de la communauté minoritaire de langue officielle de Hamilton⁷⁴, il n'a pas tenu compte de ce facteur dans l'appréciation de leur intérêt véritable. Au contraire, selon le juge du procès, « the language issue in this trial is in some ways a distraction from what is in the best interests of the children »⁷⁵. Cette façon de concevoir les droits linguistiques et la question de la langue d'instruction des enfants – comme une « distraction » de ce qui est dans leur intérêt véritable – a été fermement rejetée par la Cour d'appel de l'Ontario. Selon le juge Rouleau, « il est erroné de qualifier la question linguistique comme étant « une distraction de ce qui est dans l'intérêt véritable des enfants »⁷⁶. La Cour d'appel poursuit son analyse en notant que « tous les facteurs prévus au par. 24(2) de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* doivent être considérés »⁷⁷, mais que « [l]a langue d'instruction des enfants est importante dans l'appréciation de l'intérêt véritable des enfants. Le juge de première instance devait comprendre ce facteur et [lui] accorder le poids approprié dans sa détermination des questions en litige » [nous soulignons]⁷⁸. Il est donc établi en droit ontarien que la langue d'instruction revêt maintenant un poids important dans l'appréciation de l'intérêt véritable des enfants issus de couples exogames, et ce peu importe la langue officielle du parent qui en obtient la garde. Les tribunaux doivent prendre acte de la vulnérabilité culturelle et linguistique des enfants issus de couples exogames, et lorsque les circonstances le justifient, accorder à ce facteur l'importance qui lui revient dans l'analyse de leur intérêt véritable.

La Cour d'appel de l'Ontario a également noté qu'il convient de privilégier l'instruction dans les écoles gérées et contrôlées par la minorité linguistique afin de favoriser le contact avec les deux parents et les deux langues officielles⁷⁹. Cette conclusion nous apparaît tout à fait cohérente avec le principe bien reconnu en droit de la famille qu'il est dans l'intérêt véritable de l'enfant de bénéficier du contact maximal de ses deux parents⁸⁰. Le but de ce principe est d'éviter l'aliénation de l'enfant et de faire en sorte qu'il apprenne à connaître ses deux parents et jouisse du soutien et de l'affection dont il a besoin pour se développer⁸¹. Or, lorsque la cour laisse au parent de la majorité linguistique, qui a la garde des enfants, la pleine prérogative concernant leur langue d'instruction, il entérine potentiellement les effets de l'assimilation et facilite l'apprentissage d'une seule langue et d'une seule culture, au détriment de la richesse des communications de l'enfant avec son autre parent. Ce risque est exacerbé à l'égard du parent qui relève d'une communauté de langue officielle fortement minorisée. Ce parent fait face à une

⁷⁴ Perron 2010, *supra* note 12 aux para 133-34.

⁷⁵ *Ibid* au para 136.

⁷⁶ Perron 2012, *supra* note 12 au para 32.

⁷⁷ *Ibid* au para 40.

⁷⁸ *Ibid* au para 32.

⁷⁹ Perron 2012, *supra* note 12 aux para 21, 44-45.

⁸⁰ *Loi sur le divorce*, *supra* note 14, art 16(10) : « 16. (10) En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt et, à cette fin, tient compte du fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée ou non à faciliter ce contact. »

⁸¹ *Young c Young*, [1993] 4 RCS 3, 84 BCLR (2^e) 1.

aliénation progressive et insidieuse; il risque de devenir aux yeux de ses enfants un étranger qui parle une langue qui n'est pas la leur et qui appartient à une culture qu'ils ne reconnaissent pas. Sous le poids de l'unilinguisme du parent de la majorité linguistique et de sa famille élargie, le parent de la minorité linguistique est mis en demeure de choisir entre sa langue ou ses enfants, de communiquer avec eux dans la langue de la majorité ou de ne pas communiquer avec eux du tout. L'intérêt véritable des enfants ne réside pas, à notre avis, dans l'appauvrissement du contact avec le parent de la minorité linguistique. Au contraire, il est dans l'intérêt véritable des enfants de leur assurer une éducation qui favorise le bilinguisme additif en les exposant pleinement aux deux langues officielles et de renforcer leur contact avec leurs deux parents. Comme l'a souligné la Cour d'appel de l'Ontario, l'éducation dans la langue de la minorité permet à l'enfant issu de cette communauté d'acquérir un bilinguisme additif en compensant pour l'influence assimilatrice de l'environnement linguistique majoritaire⁸².

On ne saurait demander à un parent de langue officielle minoritaire de jouer à la fois le rôle de gardien, d'environnement social et d'école pour ses enfants et d'assurer la transmission de sa langue et de sa culture à ses enfants. En imposant au parent de la minorité linguistique la charge de transmettre tout seul son identité en tant que membre d'une communauté de langue officielle, on le prépare à l'échec, surtout lorsque ce parent ne jouit que d'un droit d'accès à ses enfants, comme c'était le cas de Monsieur Perron. Il faut reconnaître les innombrables forces assimilatrices qui poussent l'enfant vers la langue de la majorité. La maîtrise complète des deux langues s'accomplit par le choix d'un système scolaire qui compense en partie pour l'environnement socio-culturel de la langue dominante⁸³. Même une école qui partage 50 % de ses cours entre le français et l'anglais – comme l'École St. Eugene – ne saurait assurer la transmission de l'identité linguistique et culturelle, car elle n'enseigne pas le bilinguisme additif suffisant à l'épanouissement de ces enfants dans les deux langues⁸⁴. Dans les juridictions à majorité anglophone, par exemple, la francité familioscolaire est essentielle au développement bilingue des enfants francophones, particulièrement des enfants issus de couples exogames⁸⁵. Selon les chercheurs, c'est la francité familioscolaire bien plus que la structure familiale qui détermine l'appartenance de l'enfant à ses sources canadiennes-françaises⁸⁶. L'école joue donc le premier rôle dans la transmission d'une identité linguistique, suivi de la famille qui renforce l'impact de l'école. Il est particulièrement intéressant de voir que les enfants issus de couples exogames et éduqués en français affirment ressentir une appartenance aux deux groupes linguistiques⁸⁷. Une identité réellement bilingue dans les régions anglophones passe donc par l'éducation homogène en français.

Par sa décision dans l'affaire *Perron*, la Cour d'appel écarte non seulement la notion bizarre que la connaissance de la langue française pourrait constituer un obstacle à la relation d'un parent avec ses enfants⁸⁸, elle rejette également la position soutenue lors du procès que l'éducation en français nuirait aux perspectives d'études postsecondaires et, en amont, aux

⁸² *Perron 2012, supra note 12* aux para 17-22. Voir aussi Landry, *Libérer le potentiel...*, *supra note 21* à la p 23.

⁸³ *Ibid* à la p 20.

⁸⁴ *Ibid* à la p 23.

⁸⁵ *Ibid* à la p 20.

⁸⁶ Voir par ex. Landry et Allard, « L'exogamie et le maintien de deux langues... », *supra note 9*.

⁸⁷ *Ibid* à la p 581.

⁸⁸ *Perron 2010, supra note 12* au para 136.

opportunités de travail des enfants⁸⁹. C'est tout le contraire qui se produit. Selon la Cour d'appel de l'Ontario, la maîtrise des deux langues officielles par l'entremise d'une éducation obtenue dans les écoles homogènes de la minorité linguistique est dans l'intérêt véritable des enfants puisqu'elle « ouvre les portes à de plus grandes possibilités universitaires et d'emplois »⁹⁰. Ces considérations appuient la présomption qu'il est dans l'intérêt véritable des enfants issus de couples exogames qu'ils reçoivent leur éducation dans écoles homogènes de la minorité linguistique.

Finalement, notons que le Canada est titulaire d'obligations en vertu du droit international qui appuient la présomption établie dans l'arrêt *Perron*, c'est-à-dire qu'il est dans l'intérêt véritable des enfants de participer pleinement à toutes les facettes linguistiques et culturelles de son identité. Les articles 29 et 30 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* sont particulièrement pertinents⁹¹ :

Article 29

1. Les Etats parties conviennent que l'éducation de l'enfant doit viser à :
[...]

- c) Inculquer à l'enfant le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne ; [...]

Article 30

Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe.

Article 29

1. States Parties agree that the education of the child shall be directed to:
[...]

- c) The development of respect for the child's parents, his or her own cultural identity, language and values, for the national values of the country in which the child is living, the country from which he or she may originate, and for civilizations different from his or her own; [...]

Article 30

In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities or persons of indigenous origin exist, a child belonging to such a minority or who is indigenous shall not be denied the right, in community with other members of his or her group, to enjoy his or her own culture, to profess and practise his or her own religion, or to use his or her own language.

⁸⁹ *Ibid* au para 17.

⁹⁰ *Perron 2012, supra* note 12 au para 46.

⁹¹ *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3 [*Convention relative aux droits de l'enfant*]. Le Canada a signé la *Convention* le 28 mai 1990 et il l'a ratifiée le 13 décembre 1991.

Les articles 29 et 30 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* doivent guider l'interprétation de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* et le développement des principes de common law régissant l'appréciation judiciaire de l'intérêt véritable de l'enfant⁹².

B – Un intérêt collectif et intergénérationnel

Une deuxième considération qui appuie la reconnaissance d'une présomption favorisant l'instruction dans la langue de la minorité est la manière que les droits protégés par l'article 23 de la *Charte* sont acquis.

En tant que membres d'une communauté de langue officielle en situation minoritaire, les enfants sont des héritiers des droits enchâssés à l'article 23 de la *Charte*, droits qu'ils pourront exercer un jour en faveur de leurs propres enfants. En effet, l'enfant scolarisé au niveau primaire dans une école homogène de langue française deviendra, une fois adulte, une personne ayant le droit constitutionnel de partager son héritage culturel et linguistique avec ses enfants, et ce grâce aux fonds publics. En revanche, l'instruction primaire dans une école de langue anglaise, que ce soit ou non dans un programme d'immersion, court-circuite la transmission intergénérationnelle des droits garantis par l'article 23 de la *Charte*.

Selon la Cour suprême du Canada, « l'objet général de l'art. 23 est clair : il vise à maintenir les deux langues officielles du Canada ainsi que les cultures qu'elles représentent et à favoriser l'épanouissement de chacune de ces langues, dans la mesure du possible, dans les provinces où elle n'est pas parlée par la majorité. L'article cherche à atteindre ce but en accordant aux parents appartenant à la minorité linguistique des droits à un enseignement dispensé dans leur langue partout au Canada »⁹³. La dimension collective des droits linguistiques garantis par l'article 23 de la *Charte* et la nécessité de leur transmission intergénérationnelle reposent donc au cœur des préoccupations des communautés en situation minoritaire. Chose certaine, le droit constitutionnel à l'instruction dans la langue de la minorité est un droit particulier – contrairement aux autres droits garantis par la *Charte* – en ce qu'il peut être perdu à jamais s'il n'est pas exercé et transmis aux enfants de la génération suivante⁹⁴.

Pour exercer et transmettre le droit à l'instruction dans leur langue maternelle fondé sur l'article 23 de la *Charte*, les membres des communautés de langue officielle minoritaires doivent eux-mêmes avoir reçu leur instruction primaire dans la langue de la minorité, posséder le français comme première langue apprise et toujours comprise, ou encore avoir réussi à inscrire un enfant dans une école homogène de la minorité. Puisqu'au Canada, à l'extérieur du Québec (et même pour plusieurs individus au Québec), la langue française s'apprend aujourd'hui principalement à l'école et non au foyer, c'est de plus en plus en raison de la langue d'instruction de leurs études primaires que les parents acquièrent maintenant des droits sous l'article 23 de la

⁹² *R c Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 RCS 292 au para 39 ; *Bhajan c Bhajan*, 2010 ONCA 714, 104 RJO (3^e) 368 aux para 12-14 et 21 [*Bhajan*].

⁹³ *Mahé*, *supra* note 20 à la p 362.

⁹⁴ *Doucet-Boudreau*, *supra* note 66 au para 28.

*Charte*⁹⁵. Par conséquent, lorsqu'un enfant de la minorité de langue française est placé dans une école de la majorité anglophone, non seulement risque-t-il l'assimilation linguistique et culturelle, il perd vraisemblablement du coup la possibilité de transmettre son droit fondé sur l'article 23 de la *Charte* à sa progéniture puisqu'il ne satisfera probablement pas aux critères prévus aux paragraphes 23(1) et (2) de la *Charte*.

L'école homogène dans la langue de la minorité est la seule qui puisse avoir la chance de développer un bilinguisme additif chez l'enfant issu de la minorité linguistique officielle⁹⁶. L'une des raisons pour laquelle les communautés de langue officielle ont tellement lutté pour avoir le contrôle de leurs systèmes scolaires est que le simple apprentissage de la langue ne permet normalement pas de développer chez l'enfant une identité linguistique minoritaire.

Les intérêts des parents ayant des droits en vertu de l'article 23 de la *Charte* débordent largement celui d'exposer leurs enfants à la langue française. Le simple apprentissage de la langue n'est aucunement consolatoire pour un parent ou une communauté francophone en l'absence de la transmission d'une identité linguistique et d'un droit constitutionnel. Ni l'école dans la langue de la majorité ni l'école d'immersion ne sont capables d'offrir cela.

La non-adéquation entre l'école homogène en français et l'école d'immersion se reflète non seulement dans la transmission d'une identité linguistique, mais aussi dans le statut juridique que chacune offre à ses élèves. L'école d'immersion n'a aucun statut juridique. Elle répond à un besoin important, certes, mais qui n'est que la demande de parents souhaitant exposer leurs enfants à la langue française. L'école homogène en langue française joue un rôle beaucoup plus complexe : elle est chargée non seulement d'enseigner un curriculum donné, mais aussi de transmettre une langue et une identité linguistique et culturelle propre à une faible proportion de la population. Elle permet de protéger leurs droits collectifs en offrant aux parents appartenant à cette collectivité le droit de faire instruire leurs enfants par un système scolaire qui leur est propre et qui les représente⁹⁷.

L'école dans la langue de la minorité n'est pas la seule manière d'acquérir le droit prévu à l'article 23. Cela dit, les tribunaux devraient tenir compte des opportunités de l'enfant dans l'évaluation de son intérêt véritable. L'identité linguistique s'acquiert avec une exposition de longue durée à la langue et à la culture avant même que l'enfant prononce ses premiers mots. Cette identité s'enracine plus tard grâce à une exposition adéquate à la langue de la minorité pendant l'enfance et l'adolescence. Il est difficile pour une personne d'acquérir des droits aux termes de l'article 23 de la *Charte* si ceux-ci ne sont pas transmis directement par un parent⁹⁸. Les enfants membres de minorités linguistiques officielles sont donc vulnérables à l'assimilation et sont tous à risque de ne jamais pouvoir acquérir et transmettre leur identité culturelle s'ils ne

⁹⁵ Landry et Allard, « L'exogamie et le maintien de deux langues... », *supra* note 9 ; Landry, « L'éducation : pierre angulaire de la revitalisation... », *supra* note 64 ; Landry, *Libérer le potentiel...*, *supra* note 21 ; Rocque, « Vers l'élaboration d'une politique de l'exogamie... », *supra* note 64.

⁹⁶ Landry, *Libérer le potentiel...*, *supra* note 21 à la p 23.

⁹⁷ Mahé, *supra* note 20 à la p 362.

⁹⁸ Michael Aquilino, « Qui suis-je ? : Identité linguistique et exclusion des non-ayant droit par l'article 23 de la *Charte* » (2006-2007) 38 RD Ottawa 65 [Aquilino, « Qui suis-je ?... »].

sont pas suffisamment exposés à leur propre langue et à leur propre culture avant d'atteindre l'âge adulte.

Il va sans dire que la perte de l'opportunité d'acquérir un droit constitutionnel patrimonial doit être considérée très attentivement par les tribunaux. Dans le cadre d'un divorce exogame, le choix de la langue d'éducation des enfants ne peut suivre aveuglement le choix du parent qui a la garde de l'enfant puisqu'il s'agit d'une décision largement influencée par la culture du parent aussi bien du côté de la majorité que de la minorité. Les parents qui n'ont pas fréquenté l'école homogène de langue française, par exemple, sont beaucoup moins enclins à y envoyer leurs enfants⁹⁹. Si la décision d'envoyer son enfant dans une école homogène de langue française relève d'une préférence personnelle, l'impact, quant à lui, de cette décision sur l'intérêt de l'enfant membre d'une communauté protégée et de celui sur sa collectivité ne laisse généralement pas de doute sur l'avantage de l'éducation dans la langue de la minorité. Ces facteurs peuvent et doivent être évalués par les tribunaux, qui ne sauraient avoir de parti pris culturel en prenant cette décision à l'égard de l'intérêt de l'enfant, de sa communauté linguistique et de la société canadienne dans son ensemble. D'où l'impartialité et le bien-fondé d'une présomption en faveur de l'éducation dans la langue de la minorité pour les parents qui ne sont pas en instance de divorce et qui peuvent se prévaloir du droit constitutionnel protégé à l'article 23 de la Charte et ainsi inscrire leurs enfants dans une école de la communauté linguistique minoritaire. Il n'y a aucune raison pour que le bien-fondé de cette décision soit différent pour un enfant membre d'une communauté protégée lorsque ses parents se divorcent.

Les droits que protège l'article 23 de la *Charte* sont particuliers, voire uniques¹⁰⁰. Leur application est limitée par des critères relatifs aux personnes qui peuvent les exercer, à certaines conditions. Le droit à l'éducation dans la langue de la minorité ne s'applique qu'aux citoyens canadiens qui répondent à un des trois critères prévus à l'article 23. À l'exception du troisième critère, qui favorise davantage la mobilité des citoyens à travers le Canada¹⁰¹, la transmission du droit dépend surtout d'une de deux décisions parentales : le choix de la première langue apprise par l'enfant et le choix de la langue d'éducation primaire de l'enfant. Pour les enfants nés de parents exogames, la langue parlée à la maison est souvent celle de la majorité. D'ailleurs, « [e]n 2001, le coefficient de continuité linguistique des francophones sur l'échelle nationale était de 61,6 % »¹⁰² et seulement un enfant sur deux de parents ayant des droits en vertu de l'article 23 de la *Charte* à l'extérieur du Québec avait le français comme langue maternelle¹⁰³. Le choix de la langue maternelle de l'enfant ou de la transmission d'une autre langue n'est, dans bien des cas, pas un geste posé consciemment. Les statistiques démontrent que beaucoup de couples exogames parlent la langue de la majorité à la maison. Cette tendance se poursuit quand naissent les enfants, surtout si le parent qui appartient à la majorité linguistique est unilingue¹⁰⁴. Beaucoup d'enfants issus de couples exogames ne peuvent donc pas profiter du premier critère énoncé dans

⁹⁹ Corbeil, Grenier et Lafrenière, *supra* note 9 à la p 60.

¹⁰⁰ Foucher et Power, *supra* note 8 à la p 415.

¹⁰¹ Solski, *supra* note 37 au para 30.

¹⁰² Aquilino, « Qui suis-je ?... », *supra* note 98 à la p 86.

¹⁰³ Landry, « L'éducation : pierre angulaire de la revitalisation... », *supra* note 64 à la p 17.

¹⁰⁴ JP Corbeil, *L'exogamie et la vitalité des communautés francophones en situation minoritaire : vécu langagier et trajectoires linguistiques*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2005 cité dans Landry, « L'éducation : pierre angulaire de la revitalisation... », *supra* note 64 à la p 18.

la *Charte* pour hériter du droit de leur parent, même s'ils apprennent la langue plus tard dans leur vie. Cela étant dit, même les enfants qui ont la langue de la minorité comme première langue apprise ne sont pas assurés d'obtenir le droit : encore faut-il qu'ils parlent la langue à l'âge adulte ; le français devant être « toujours compris » par les parents pour qu'ils aient des droits en vertu de l'alinéa 23(1)a) de la *Charte*.

Le rôle de l'école primaire est primordial, non seulement pour la transmission du droit à l'alinéa 23(1)b), mais aussi pour l'apprentissage de la langue, critère nécessaire à la transmission de ce droit en vertu de l'alinéa 23(1)a). Les écoles primaires deviennent effectivement les pépinières de la transmission de droits constitutionnels !

Mais toute médaille a un revers. Le droit à l'éducation dans la langue de la minorité d'un parent découle d'un compromis entre les législateurs, lesquels ont la responsabilité de veiller au système d'éducation et aux communautés linguistiques minoritaires. Bien que ce compromis ne puisse avoir d'incidence sur l'étendue du droit¹⁰⁵, celui-ci est tout de même soumis à la condition d'une demande suffisante pour le service d'une communauté à l'autre. Ceci signifie que, là où il n'y a pas déjà une communauté minoritaire assez nombreuse pour justifier la création d'une école, le droit ne pourra pas être exercé par les parents qui le souhaiteraient. Pour une communauté où la francité est très faible, le paragraphe 23(3) est une barrière à la transmission du droit. Pour une communauté où la francité est en déclin, il est un facteur précipitant l'assimilation linguistique.

Il n'est pas difficile de comprendre pourquoi les communautés linguistiques insistent tellement pour que leur intérêt collectif soit considéré lorsqu'on voit l'interdépendance entre elles et les individus qui les forment. L'article 23 de la *Charte* est donc réparateur. Il faut comprendre cependant que cet article n'est pas une panacée pour la protection des droits des minorités linguistiques. Il convient de donner aux droits réparateurs une interprétation large pour éviter qu'ils ne deviennent une façade derrière laquelle se cacherait pernicieusement une réalité discriminatoire. Si les tribunaux devaient faire abstraction de l'influence de leurs décisions judiciaires en matière de divorce sur les communautés d'expression française, ils contribueraient effectivement à leur assimilation chronique que la forte exogamie de ces Canadiens ne fait qu'accroître.

L'intérêt collectif des minorités se manifeste aussi dans l'importance pour ces communautés de protéger les héritiers des droits linguistiques alors qu'ils sont jeunes et vulnérables à l'assimilation. D'ailleurs, le choix du terme « citoyens canadiens » au lieu de « parents » dans le libellé de l'article 23 est « une indication du caractère collectif du droit reconnu à l'article 23 »¹⁰⁶. Après tout, les communautés linguistiques ont collectivement lutté pour revendiquer leurs droits. De plus, le droit à l'éducation dans la langue de la minorité est lui-même soumis à une demande suffisante des autres membres de la communauté. L'interdépendance entre la relève linguistique et la vitalité communautaire est un phénomène à court terme et à long terme.

¹⁰⁵ *Beaulac*, *supra* note 67 au para 24.

¹⁰⁶ Foucher et Power, *supra* note 8 à la p 418.

Dans un premier temps, la perte d'héritiers aux droits prévus à l'article 23 de la *Charte* se fait sentir par une perte de financement. Dans plusieurs provinces comme l'Ontario, le financement des écoles est établi en fonction du nombre d'élèves. Ainsi, une école ayant plus d'élèves peut faire des économies d'échelles et fournir un plus grand éventail de services et des services de meilleure qualité¹⁰⁷. Or, bien des écoles de langue française à l'extérieur du Québec sont très petites (moins de 100 élèves) et ont du mal à fournir des services adéquats dans leur langue. Il faut savoir aussi que le coût des ressources scolaires en français (comme les manuels et le matériel didactique) est plus élevé. La perte d'un élève héritier ou d'une famille d'élèves héritiers des droits garantis par l'article 23 de la *Charte* au profit d'une école de la majorité linguistique a un impact important et représente, à long terme, une perte pour la relève de la communauté linguistique minoritaire.

Dans un second temps, la diminution des élèves pouvant être admis dans les écoles de la communauté linguistique en situation minoritaire mène éventuellement à l'extinction du droit¹⁰⁸. Si, de génération en génération, le droit tombe en désuétude, il sera très difficile, voire impossible, à partir d'un très petit bassin de population, de rétablir les populations linguistiques minoritaires du Canada. D'ailleurs, le dernier recensement a établi que les communautés linguistiques se territorialisaient¹⁰⁹, ce qui ne présage rien de bon pour les communautés linguistiques en situation minoritaire, dont le nombre diminue d'année en année. Pour protéger la viabilité des droits enchâssés à l'article 23, il faut protéger leur transmission. En appliquant une présomption en faveur de l'éducation dans la langue de la minorité, les tribunaux feraient justement cela, sans toutefois rejeter des circonstances militent pour la réfutation de la présomption. Les tribunaux rempliraient tous leurs rôles : ils défendraient l'intérêt des enfants et protégeraient le droit constitutionnel des parents tout en acceptant qu'il est parfois dans l'intérêt de l'enfant que celui-ci soit, lorsqu'il est justifié de le faire, intégré à l'école de la majorité. Le caractère réparateur de l'article 23 nécessite que cette démarche soit complétée diligemment pour éviter que la transmission du droit constitutionnel de l'accès à l'éducation dans la langue de la minorité soit oubliée dans l'analyse de l'intérêt de l'enfant.

C – La compétence *parens patriae* des cours supérieures

Enfin, la reconnaissance d'une présomption en faveur de l'instruction dans les écoles homogènes de la minorité de langue officielle se justifie potentiellement par la compétence *parens patriae* des cours supérieures de protéger les enfants vulnérables. La Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Perron* a souligné la nécessité de tenir compte, le cas échéant, de l'appartenance des enfants à la communauté minoritaire de langue officielle et de prendre acte de leur état de vulnérabilité. En plus des considérations qui soutiennent l'intérêt véritable des enfants, les cours supérieures pourraient exercer leur compétence *parens patriae* et rendre l'ordonnance qui est la plus susceptible d'assurer le maintien et l'épanouissement des enfants en tant que membre de la communauté minoritaire de langue officielle.

¹⁰⁷ *Arsenault-Cameron*, *supra* note 26.

¹⁰⁸ Aquilino, « Qui suis-je ?... », *supra* note 98 à la p 80.

¹⁰⁹ Landry, *L'éducation : pierre angulaire de la revitalisation...*, *supra* note 64 à la p 3.

L'exercice de la compétence *parens patriae* des tribunaux à l'égard d'un enfant membre d'une communauté de langue officielle minoritaire s'inscrit en toute cohérence dans les paramètres historiques de cette compétence protectrice. La Cour suprême du Canada a reconnu que la compétence *parens patriae* des cours supérieures à l'égard des enfants vulnérables du pays est « théoriquement illimitée »¹¹⁰, que « les catégories à l'égard desquelles la compétence peut être exercée ne sont jamais closes »¹¹¹ et, certainement, qu'elle « s'étend “aussi loin que ce qui est nécessaire pour assurer la protection et l'éducation” »¹¹². L'exercice de la compétence *parens patriae* en matière d'éducation reflète l'intérêt fondamental de l'État dans l'instruction de ses citoyens les plus vulnérables. En adoptant les propos de la Cour de la Chancellerie anglaise, la Cour suprême du Canada a noté que la compétence *parens patriae* :

qui est attribuée au détenteur du grand sceau à titre de représentant de Sa Majesté, quant à la garde des enfants tire son origine de ce qu'il est dans l'intérêt de l'État et du souverain que les enfants soient convenablement élevés et instruits ; et selon les principes de notre droit, le souverain, à titre de *parens patriae*, est tenu de s'occuper du soutien et de l'éducation de tous ses sujets [nous soulignons]¹¹³.

La jurisprudence de la Cour d'appel de l'Ontario apporte des précisions importantes, soulignant que la compétence *parens patriae* des cours supérieures « may be applied to rescue a child in danger or to bridge a legislative gap »¹¹⁴ et que l'exercice de cette discrétion est, en définitive, « a very fact specific exercise »¹¹⁵. Soulignons enfin que la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* préserve explicitement la compétence *parens patriae* des cours supérieures dans le cadre d'ordonnances de garde fondées sur l'intérêt véritable de l'enfant¹¹⁶.

Ainsi, dans les situations où un parent de la majorité linguistique ayant la garde refuse de les inscrire dans une école de langue française, un juge de la cour supérieure pourrait invoquer sa compétence *parens patriae* pour assurer que les enfants reçoivent leur éducation dans la langue de la minorité afin de sauvegarder leur intérêt véritable, ce qui correspond du coup à l'intérêt de l'État. Effectivement, l'intérêt du gouvernement d'assurer la protection et l'instruction des enfants vulnérables est consubstantiellement lié au projet constitutionnel et à l'intérêt national d'assurer le maintien et l'épanouissement des communautés minoritaires de langue officielle. Comme l'a noté la juge Abella à l'égard de l'article 23 de la *Charte* : « The heading of s. 23 is instructive. It reads “Minority Language Education Rights”, thereby stressing both language and education, and reinforcing the inextricable connection between the two »¹¹⁷.

Bien que ces considérations n'aient pas toutes été explicitement citées dans l'affaire *Chauvin v. Chauvin*, cette affaire illustre néanmoins comment une ordonnance assurant l'éducation dans la langue de la minorité puisse actualiser l'intérêt véritable des enfants issus de

¹¹⁰ *E (Mme) c Eve*, [1986] 2 RCS 388 au para 46.

¹¹¹ *Ibid* au para 74.

¹¹² *Ibid* au para 42, citant lord Redesdale dans l'affaire *Wellesley c Wellesley* (1828), 4 ER 1078 à la p 1083 (HL).

¹¹³ *King c Low*, [1985] 1 RCS 87 au para 14, citant *Hope c Hope* (1854), 43 ER 534 à la p 540 (Ch).

¹¹⁴ *AA c BB*, 2007 ONCA 2 au para 27 (CanLII).

¹¹⁵ *Bhajan*, *supra* note 92 au para 30.

¹¹⁶ *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, *supra* note 42, art 69.

¹¹⁷ *Abbey c Essex County Board of Education*, 1999 CanLII 3693 (ON CA).

couples exogames. Dans cette affaire, la mère anglophone qui avait la garde des enfants avait placé les enfants dans une école homogène de l'anglais contre le gré du père francophone. En soulevant l'intérêt véritable des enfants en tant que membres de la communauté minoritaire franco-ontarienne, la Cour conclut :

[W]hen a trial court is called upon, in otherwise jurisdictionally sound proceedings under the *Children's Law Reform Act*, to decide upon the educational future of a child, the court should start by paying high deference to the decision of the custodial parent. That is a matter of common sense as well as logic. However, the court is required in matters of custody and access, as they arise in otherwise proper proceedings, to consider what is in the best interests of the child and it cannot evade that best interests decision behind deference to the custodial parent, if the evidence demonstrates compellingly that the educational decision is wrong and lacks appropriate regard for the best interests of the child or children. [...]

I am satisfied, on the evidence, that if they do not go back to a French language program at Sainte-Catherine's in Paincourt, beyond doubt, they will lose their capacity to be operationally and functionally bilingual, in later years, in high school and beyond high school in their adult lives. That is something which these two children, in their special circumstances, should not be denied¹¹⁸.

En rendant son ordonnance, la Cour dans cette affaire a non seulement assuré l'acculturation francophone des enfants Chauvin, mais elle a aussi eu pour effet de préserver la transmissibilité de leur droit constitutionnel à faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité en vertu de l'article 23 de la *Charte*.

La situation des enfants Perron et Waring est essentiellement la même que celle des enfants Chauvin : ils sont vulnérables et risquent l'assimilation linguistique et culturelle et risquent de surcroît de contribuer à l'extinction d'un droit constitutionnel. Le résultat dans l'affaire *Chauvin* reflète l'intérêt véritable des enfants, l'intérêt national, provincial et territorial d'assurer le maintien et l'épanouissement des communautés de langues officielles minoritaires et est conforme aux principes enchâssés dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*. En effet, en ordonnant l'inscription des enfants Chauvin dans une école de langue française, la Cour a favorisé l'inculcation du « respect ... de [leur] identité, de [leur] langue et de [leurs] valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales »¹¹⁹.

L'enfant qui est membre d'une communauté de langue officielle minoritaire est de ce fait vulnérable sur les plans linguistique et culturel. Cette vulnérabilité doit être prise en compte dans l'appréciation de l'intérêt véritable de l'enfant au sens du paragraphe 24(2) de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*. Au besoin, si les circonstances de l'espèce le justifient, la Cour se doit d'exercer sa compétence *parens patriae* pour protéger l'enfant, pour préserver sa capacité de participer à sa culture et pour préserver sa langue et sa capacité de transmettre son droit constitutionnel garanti à l'article 23 de la *Charte* à la prochaine génération.

¹¹⁸ *Chauvin*, supra note 17 aux para 34 et 40.

¹¹⁹ *Convention relative aux droits de l'enfant*, supra note 91, art 29(1)c).

Conclusion

En prenant pour appui un cas récent dans la jurisprudence ontarienne, l'affaire *Perron c. Perron*, cet article a soulevé la question de la transmission des droits prévus à l'article 23 de la *Charte* chez les couples exogames en instance de divorce qui ne s'entendent pas sur la langue d'éducation de leur enfant. Cet article a voulu montrer que l'intérêt véritable de l'enfant, le principe clé derrière toute décision en matière de garde, est compatible avec la transmission du patrimoine linguistique et culturel qu'est l'accès à une éducation dans la langue de la minorité. Pour appuyer cette thèse, les avantages d'une éducation homogène dans la langue de la minorité ont été montrés, du point de vue personnel de l'enfant, du point de vue des collectivités et du point de vue du rôle *parens patriae* des tribunaux. Une fois qu'on reconnaît à l'enfant un intérêt qui inclut la protection de son identité culturelle et linguistique dans une communauté de langue officielle en situation minoritaire, l'adéquation entre la *Charte* et l'intérêt de l'enfant est plus aisée. Les droits protégés à l'article 23 de la *Charte* nécessitent en effet qu'on lui prête une interprétation large, sans quoi son caractère réparateur serait tronqué. Une présomption en faveur de la transmission des droits garantis par l'article 23 de la *Charte*, c'est-à-dire en faveur du maintien des enfants dans une école de la minorité linguistique ou de leur inscription dans une telle école, reflète le rôle particulier de l'école homogène de la langue de la minorité dans la transmission de droits constitutionnels. Par ailleurs, une telle ordonnance se justifie potentiellement au regard de la compétence *parens patriae* des cours supérieures.

Cet article étant le premier de son genre sur la question du transfert du droit prévu à l'article 23, il a tenté de relier plusieurs phénomènes apparemment disparates (divorces, exogamie, transfert intergénérationnel de droits constitutionnels) pour montrer qu'en déconsidérant un intérêt particulier aux minorités linguistiques officielles du Canada, les tribunaux contribueraient en fait à creuser l'écart entre la minorité et la majorité linguistique officielle. L'égalité réelle entre ces collectivités nécessite que le tribunal accorde plus d'importance à certains facteurs d'intérêt pour ces minorités, comme la langue d'éducation, pour compenser l'influence de la majorité linguistique. À moins que la présomption en faveur de la transmission d'un droit constitutionnel ne soit réfutée par la preuve de circonstances, l'intérêt de l'enfant sera servi en mettant l'accent sur l'intérêt de sa communauté linguistique. L'article n'est pas allé en détail sur la question du droit de la famille. Une étude de l'impact du développement d'une identité dans la langue de la minorité chez l'enfant est nécessaire pour insérer les questions soulevées dans l'arrêt *Perron c. Perron* dans un contexte plus large et faire reconnaître le statut particulier des enfants d'ayants droit dans le cadre de jugements pour la garde de ces enfants.

L'anatomie d'un procès contre la langue française : *Sa Majesté la Reine c. Gilles Caron, 2003-2008*

Edmund A. Aunger*

Introduction

En 2008, dans une décision remarquable, le juge Leo Wenden de la Cour provinciale de l'Alberta statuait que l'article 3 de la *Loi linguistique* de l'Alberta – disposant que les lois et règlements de la province pouvaient être édictés, imprimés et publiés dans la seule langue anglaise – violait les droits linguistiques de l'accusé Gilles Caron¹. Il concluait également que la *Traffic Safety Act* n'était pas opérante parce qu'adoptée et promulguée uniquement en anglais, en l'occurrence le paragraphe 34(2) du *Use of Highways and Rules of the Road Regulation*². Par voie de conséquence, il déclarait Gilles Caron non coupable de la violation alléguée. (Pour les mêmes raisons, il déclarait un autre accusé, Pierre Boutet, qui s'était joint à la contestation constitutionnelle, non coupable d'une contravention au paragraphe 160(1) et à l'alinéa 115 (2)(p) de la *Traffic Safety Act*.)

Dans sa décision, le juge Wenden mettait au grand jour la pénurie de recherche sur l'histoire et le statut des langues utilisées dans l'Ouest canadien. Il affirmait : « Tous les experts se sont entendus sur le fait que les domaines examinés pendant le procès n'avaient fait l'objet d'aucune recherche approfondie »³; il en ressort que « ceci est un procès sans précédent »⁴. La Cour reconnaissait que, dès l'instauration des premières institutions politiques en 1835, la population métisse avait lutté avec acharnement pour instituer un gouvernement à la fois représentatif et bilingue. Elle reconnaissait également qu'au moment de l'union des colonies de l'Amérique du Nord britannique en 1867, l'Ouest canadien jouissait déjà d'un bilinguisme officiel bien évolué et fort enraciné. Son conseil législatif promulguait les lois en français et en anglais, et ses cours de justice instruisaient les causes dans ces deux langues⁵. En confirmant ces faits, la Cour contredisait à maints égards les idées reçues et les mythes traditionnels.

Ayant également examiné les conditions de l'annexion du Nord-Ouest à la fédération canadienne⁶, la Cour faisait remarquer qu'une adresse à la Reine Victoria,

* Professeur émérite en sciences politiques au Campus Saint-Jean de l'Université de l'Alberta; témoin expert lors du procès de Gilles Caron. L'auteur tient à remercier René Ladsous de ses commentaires, Dustin McNichol de son assistance et le *Killam Research Fund* (University of Alberta) de son aide financière.

¹ *R c Caron*, 2008 ABPC 232 au para 572 [*Caron*].

² *Ibid* au para 573; Alta. Reg. 304/2002.

³ *Ibid* au para 36.

⁴ *Ibid* au para 42.

⁵ *Ibid* au para 166.

⁶ Connue à l'époque comme la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest, la région annexée en 1870 constitue aujourd'hui environ trois quarts de la superficie du Canada.

adoptée par le Parlement du Canada en 1867, garantissait la protection des droits préalablement acquis par les habitants⁷. Elle ajoutait d'autre part qu'une proclamation royale, émise par le gouverneur général du Canada en 1869, promettait de respecter les droits civils de tous ses loyaux sujets⁸. La Cour concluait qu'en 1870 un décret de la Reine en conseil enchâssait ces engagements solennels (et donc le droit au bilinguisme officiel en Alberta) dans la Constitution du Canada⁹. En parvenant à ces conclusions exceptionnelles, la Cour provinciale de l'Alberta défrichait de façon importante un domaine constitutionnel largement ignoré et inexploré jusqu'à ce jour.

Dans le but d'explorer ces espaces peu visités, le juge Wenden a dû s'immerger dans l'étude de dossiers archivés et de sources inédites. Il a consulté 1 269 documents et 11 986 pages de pièces justificatives. Il a entendu huit témoins experts représentant plusieurs disciplines, dont l'histoire, les sciences politiques, la sociolinguistique et la sociologie. Il a siégé pendant 89 jours et conduit un procès réputé le plus long dans l'histoire de la province. (La transcription des audiences devait remplir 9 164 pages¹⁰.) Mais sa décision de 96 pages n'abordait pas les modalités du procès ou son déroulement, ni les témoignages concernant la répression de la langue française et ses conséquences; et elle se contentait d'effleurer les preuves relatives au statut officiel de la langue française et à son usage. À juste titre, elle accordait la priorité aux questions d'ordre juridique et de jurisprudence. Au demeurant, le juge Wenden présidait une cour de justice, non pas une commission d'enquête.

Afin de récupérer et de dévoiler ces informations importantes, nous ferons l'anatomie du procès de Gilles Caron. En premier lieu, nous en exposerons le contexte et la structure : la remise d'un avis de contravention rédigé en anglais à un contrevenant de langue française; le déroulement d'un procès en français dans une province se déclarant de langue officielle anglaise; la revendication d'un financement nécessaire pour faire valoir des droits constitutionnels en matière de langue. Ce faisant, notre objectif est de disséquer le procès lui-même pour mieux cerner les failles qui entravent l'administration de la justice dans la langue française en Alberta.

En deuxième lieu, nous résumerons les témoignages des experts et les pièces justificatives déposées lors du procès : l'impact d'une politique de répression linguistique sur la minorité francophone en Alberta; le statut de la langue française dans les territoires britanniques annexés au Canada en 1870, la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest; l'enchâssement dans la Constitution du Canada des droits linguistiques acquis par les habitants des territoires annexés; la suppression illégale de la langue française, d'abord par le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, ensuite par le gouvernement de l'Alberta. Ainsi, nous ciblons les recherches savantes elles-mêmes, tant

⁷ Caron, *supra* note 1 au para 496.

⁸ *Ibid* aux para 367, 428, 443.

⁹ *Ibid* aux para 522-525.

¹⁰ Ce chiffre ne comprend que les audiences du 1^{er} mars 2006 au 15 juin 2007. Il ne tient pas compte des neuf journées d'audiences avant le début du procès, du 16 janvier 2004 au 21 février 2006, lesquelles ont donné 102 pages de transcription.

sociolinguistiques qu'en histoire politique, et ce, pour mieux comprendre la dynamique de la population francophone en milieu minoritaire.

En contestant une infraction mineure, Gilles Caron se prévalait de son droit à une loi promulguée en français et à un procès conduit en français. Mais ses revendications linguistiques, en apparence banales dans un pays dit bilingue, ont heurté de plein fouet un régime provincial voué de longue date à la répression de la langue française. Le procès de Gilles Caron a mis en lumière les tribulations d'un francophone désireux de vivre en français; celles d'un citoyen insistant sur le respect de ses droits constitutionnels, et d'un justiciable perdu dans un labyrinthe bureaucratique. Le tout ayant été déclenché par une simple contravention au *Code de la route*.

I – Une contravention au *Code de la route*

Le 4 décembre 2003 vers 17 h 45, à Edmonton en Alberta, Gilles Caron se déplaçait dans son pick-up Chevrolet sur la 76^e avenue en direction est. Quand il a amorcé un virage à gauche sur la 34^e rue, il est entré en collision avec une berline Honda roulant en direction ouest¹¹. Dans sa déclaration à l'agent de police, Caron a expliqué que l'intersection était mal éclairée, que sa vue était obstruée par un camion semi-remorque, et que l'autre conducteur roulait à une vitesse excessive de 80 à 90 kilomètres à l'heure. L'agent a constaté des traces de frein sur la chaussée d'une longueur de 14 mètres, mais sans pouvoir conclure avec certitude qu'elles n'avaient été laissées par la Honda, ni qu'elles n'indiquaient un excès de vitesse¹².

Natif de Lévis au Québec et journalier de construction, Gilles Caron avait déménagé à Edmonton treize ans plus tôt en quête d'un travail¹³. En 1990, peu après son arrivée, il avait reçu une première contravention pour une infraction mineure qui, en raison de son manque de compétence en anglais, lui avait laissé un goût amer. D'abord, le comportement du policier était à son avis assez rude : « On n'a même pas dit mon nom de famille. On m'arrête : permis de conduire, s'il vous plaît; registration, on revient puis on me dit en anglais quelque chose comme tu as fait ci, tu as fait ça puis on me donne le billet. Là, lui, il part de son côté, moi, je reviens chez nous »¹⁴.

À ce moment, Gilles Caron ne savait encore pas de quoi il était accusé : « je ne pouvais même pas lire le billet lui-même, je ne pouvais pas comprendre le billet. J'ai dit... je pouvais comprendre le montant à payer parce que tout le monde peut lire les chiffres de dollars. La contravention elle-même, je ne la comprenais pas »¹⁵. Dans ces conditions, il n'avait pas envie de la contester : « j'ai plaidé coupable, même si je pensais que je n'étais pas coupable, parce que je me suis dit, je ne serai jamais capable de me

¹¹ Alberta Collision Report Form 1325953 (4 décembre 2003), Edmonton Police Service 03-168364.

¹² *Ibid.*

¹³ Procès dans la Cour provinciale de l'Alberta, *R c Caron* (1^{er} mars 2006), Alberta Courts Transcript Management Services à la p 38 [Procès].

¹⁴ *Ibid* aux pp 32-33.

¹⁵ *Ibid* à la p 31.

débrouiller avec tous ces anglophones dans une cour anglophone. Je ne parlais pas vraiment anglais là »¹⁶. Et « ça m'épouva ».

En 2003, après treize années de résidence en Alberta, Gilles Caron disposait d'une meilleure connaissance de la langue. Il a donc été en mesure de narrer dans un anglais rudimentaire les événements menant à la collision. Néanmoins, il soupçonnait que, pour des raisons linguistiques, l'agent de police serait porté à favoriser les explications offertes par le conducteur de la voiture Honda. Ses soupçons ont paru se confirmer lorsque l'agent de police lui a remis un avis de contravention portant la mention « Fail to make a left turn in safety » et alléguant une violation du paragraphe 34(2) du *Use of Highways and Rules of the Road Regulation*¹⁷. L'infraction entraînait une amende de 115,00 \$.

Le fait que l'avis soit rédigé uniquement en anglais lui paraissait particulièrement injuste. Comme il l'a fait remarquer en cour, « les billets de Loterie 6/49 nous offrent l'opportunité d'avoir le billet en français ou d'avoir des informations avec une ligne disponible en français si on le veut »¹⁸. Il a approché la ville d'Edmonton pour obtenir une traduction française de la contravention, mais la réponse a été : « absolument pas ». Son interlocuteur lui a quand même donné les coordonnées d'un service offert par le gouvernement provincial¹⁹. Ici, sa requête a suscité une réaction similaire : « En Alberta, pensez-y même pas, ce n'est pas possible, on ne vous le donnera pas »²⁰. Questionné par le préposé sur le pourquoi de ses démarches, Gilles Caron a expliqué : « je pense que c'est mon droit en tant que citoyen francophone canadien qui vit en Alberta présentement »²¹.

Sur ce, il a décidé de contester la contravention : « j'ai écrit que j'allais contester le billet sur un point constitutionnel concernant la langue qui ne... la possibilité d'avoir le billet en français, je pense »²². Selon lui, l'avis de contravention était une composante intégrale de la loi provinciale, et l'une comme l'autre aurait dû être publiée en français. « Je vais vous dire qu'en tant que citoyen, simple citoyen qui reçoit un billet de contravention, la première loi que je lis, c'est le billet de contravention lui-même qui est un document légal »²³. Dans une lettre en date du 4 décembre 2003, Gilles Caron exposait la base constitutionnelle de sa contestation :

I wish to have a trial in French. Also ticket was given based on other party statement without mine. I will also plead to the effect that this ticket is invalid as it is not in both official language of Canada. Therefore my constitutional right are denied and Edmonton or Alberta has no right to withstand themselves of that law²⁴.

¹⁶ *Ibid* à la p 27.

¹⁷ Violation Ticket (4 décembre 2003), Edmonton, Alberta A05220810K.

¹⁸ Procès (1^{er} mars 2006), *supra* note 13 à la p 49.

¹⁹ *Ibid* à la p 14.

²⁰ *Ibid* à la p 15.

²¹ *Ibid*.

²² *Ibid* à la p 16.

²³ *Ibid* aux pp 29-30.

²⁴ Lettre de Gilles Caron à la Cour provinciale de l'Alberta (4 décembre 2003).

II – Le statut de la langue française

Convaincu que le français était une langue officielle garantie par la Constitution du Canada, Gilles Caron avait alors lieu de croire que les lois devraient être promulguées en français et en anglais et que les procès devraient se dérouler dans l'une ou l'autre de ces deux langues. Par définition, une langue officielle est une langue de gouvernance, reconnue par la loi ou par la coutume pour la conduite des affaires publiques. Cette reconnaissance peut s'appliquer à une seule ou plusieurs activités, à une seule ou plusieurs régions. Mais son application aux activités législatives et judiciaires est primordiale. Dans un travail commandé par la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, le juriste Claude-Armand Sheppard a énoncé une définition qui fait autorité en l'instance :

[A]n official language is a language in which all or some of the public affairs of a particular jurisdiction are, or can be, conducted, either by law or custom. We take public affairs to comprise the parliamentary and legislative process, administrative regulations, the rendering of justice, all quasi-judicial activities, and the overall day-to-day administration. [...] In brief, we consider an official language to be the language in which laws are passed, cases can be pleaded and argued, and the government and the citizenry deal with one another. In Canada such description, depending, of course, on the jurisdiction, can fit only French and English²⁵.

Le bilinguisme officiel en matière législative constitue manifestement un des fondements constitutionnels de l'État canadien. Selon l'article 133 de la *British North America Act, 1867* (maintenant la *Constitution Act, 1867*), les lois adoptées par le Parlement du Canada doivent être rédigées et publiées en français et en anglais, ainsi que les procès-verbaux et les journaux officiels des deux chambres législatives. Mais dans les débats parlementaires, chacun peut employer la langue officielle de son choix. Les articles 17 et 18 de la *Charte canadienne des droits et libertés* réitèrent cette même obligation.

En matière judiciaire, la portée de ces dispositions constitutionnelles est beaucoup plus restreinte. Dans les plaidoiries et les actes de procédure devant les tribunaux du Canada (toujours selon l'article 133), chacun peut employer le français ou l'anglais, mais cette disposition n'impose aucune obligation explicite quant à la langue du procès. En 1978, un amendement au *Code criminel* par le Parlement du Canada a reconnu le droit d'un accusé, traduit devant un tribunal de compétence criminelle, d'être entendu par un juge seul ou par un juge et un jury qui « parlent » sa langue officielle²⁶. Dix ans plus tard, la *Loi sur les langues officielles* a précisé cette garantie en reconnaissant également le droit de l'accusé de faire face à un procureur qui parle la même langue officielle que

²⁵ Claude-Armand Sheppard, *The Law of Languages in Canada*, Ottawa, Information Canada, 1971 à la p 291.

²⁶ *Loi modifiant le Code criminel*, LC 1977-1978, c 36, art 1. Voir *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, art 530 [*Code criminel*].

lui²⁷. En Alberta, ces dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1990, mais elles ne s'appliquent pas aux procès relevant de la *Traffic Safety Act*²⁸.

En général, l'accès d'un citoyen à des lois publiées dans sa langue concorde avec le principe de primauté du droit, et l'accès d'un justiciable à un juge qui parle sa langue rejoint les principes de justice fondamentale. Mais en justifiant la reconnaissance du français et de l'anglais comme langues officielles, le Parlement du Canada a insisté sur des principes bien différents, notamment l'épanouissement des communautés de langue officielle et l'égalité de leurs langues. Ainsi, la *Loi sur les langues officielles* s'est fixée comme objectif « d'appuyer le développement des minorités francophones et anglophones et d'une façon générale, de favoriser, au sein de la société canadienne, la progression vers l'égalité de statut et d'usage du français et de l'anglais »²⁹. D'où la conclusion de la Cour suprême du Canada, en 1999, dans l'arrêt *Beaulac* :

Cette aptitude [de l'accusé francophone à s'exprimer en anglais] n'est pas pertinente parce que le choix de la langue n'a pas pour but d'étayer la garantie juridique d'un procès équitable, mais de permettre à l'accusé d'obtenir un accès égal à un service public qui répond à son identité linguistique et culturelle³⁰.

Tout comme le Parlement et les tribunaux du Canada trouvent leurs analogues dans l'Assemblée législative et les tribunaux de l'Alberta, l'article 133 de la *British North America Act, 1867* a pour pendant l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*³¹. Selon cette disposition, adoptée pour la première fois en 1877, les ordonnances rendues par l'Assemblée législative territoriale doivent être imprimées en français et en anglais, ainsi que les procès-verbaux et les journaux officiels. Ici encore, dans les débats législatifs comme dans les procédures devant les tribunaux, chacun peut employer la langue officielle de son choix. En 1905, les lois constitutives de l'Alberta et de la Saskatchewan ont perpétué ce bilinguisme officiel, de même que d'autres dispositions législatives déjà existantes³².

En 1988, dans l'arrêt *Mercurie*, la Cour suprême du Canada a confirmé que l'article 110 était toujours en vigueur en Saskatchewan – par conséquent en Alberta – et « que les lois de la Saskatchewan doivent être adoptées, imprimées et publiées en français et en anglais et que ces deux langues peuvent être utilisées devant les tribunaux de la Saskatchewan »³³. Néanmoins, toujours selon les dispositions de l'article 110, le droit d'un accusé d'utiliser une des deux langues officielles dans une cour de justice ne lui donne pas forcément le droit à un procès dans sa langue, ni même le droit à un interprète :

²⁷ *Loi sur les langues officielles*, LC 1988, c 38, art 94. Voir *Code criminel*, *ibid*, art 530.1.

²⁸ *Procedures Regulation*, Alta Reg 233/1989, art 12.1.

²⁹ *Loi sur les langues officielles*, LRC 1985, c 31, art 2(b).

³⁰ *R c Beaulac*, [1999] 1 RCS 768 au para 45 [*Beaulac*].

³¹ *Acte des Territoires du Nord-Ouest*, LRC 1886, c 50, art 110, modifiée par LC 1891, c 22, art 18 [*Acte des Territoires du Nord-Ouest*].

³² *Acte de l'Alberta*, LC 1905, c 3, art 16 [*Acte de l'Alberta*]; *Acte de la Saskatchewan*, LC 1905, c 42, art 16.

³³ *R c Mercurie*, [1988] 1 RCS 234 à la p 236 [*Mercurie*].

Aux termes de l'art. 110, un accusé a constitutionnellement le droit de parler français devant les tribunaux en Saskatchewan, mais n'a pas le droit d'être compris dans cette langue. Le juge et tous les officiers de justice peuvent utiliser à leur gré le français ou l'anglais dans les communications verbales et écrites. [...] Par conséquent, en l'espèce, l'appelant avait le droit d'utiliser le français devant la Cour provinciale mais ne pouvait exiger que d'autres personnes l'utilisent. Étant donné qu'il n'y a aucun élément de preuve qui indique qu'il avait besoin des services d'un traducteur pour comprendre les procédures, un procès équitable aurait pu être tenu sans offrir une traduction de l'anglais au français³⁴.

La Cour suprême du Canada a conclu d'autre part que l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest* ne faisait pas partie de la Constitution du Canada, et que la province détenait donc le pouvoir de modifier unilatéralement l'article 110, en suivant le mode et la forme requis par cette même disposition, à savoir : au moyen d'une loi adoptée en français et en anglais³⁵. Forts de cette information, les gouvernements de l'Alberta et de la Saskatchewan se sont empressés d'adopter chacun une loi linguistique, dans les deux langues officielles, pour abroger l'article 110 et pour supprimer largement le statut officiel de la langue française dans leur province. En Alberta, par exemple, l'article 7 de la *Loi linguistique* prévoit : « L'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*, chapitre 50 des lois révisées du Canada, 1886, en sa version du 1^{er} septembre 1905, ne s'applique pas à l'Alberta pour ce qui est des matières relevant de la compétence législative de celle-ci »³⁶.

Cette loi a pour conséquence la suppression de l'obligation d'imprimer en français les lois adoptées par l'Assemblée législative albertaine, aussi bien que ses procès-verbaux et journaux officiels. L'anglais est la seule langue officielle pour ces questions législatives³⁷. Par contre, cette loi reconnaît toujours que « [c]hacun peut employer le français ou l'anglais dans les communications verbales dans les procédures devant les tribunaux »³⁸, et que « [I]es membres de l'Assemblée législative peuvent employer le français ou l'anglais dans l'Assemblée »³⁹.

III – Obtenir un procès en français

« In the name of her majesty the queen », l'avis de contravention intimait Gilles Caron à comparaître le 6 janvier 2004 devant un juge de paix à Edmonton⁴⁰. Toutefois, suite à sa demande d'un procès en français, il recevait de nouvelles instructions le 10 décembre 2003:

³⁴ *Ibid* aux pp 237-238.

³⁵ *Ibid* à la p 282.

³⁶ *Loi linguistique*, SA 1988, c L-7.5, art 7.

³⁷ *Ibid*, art 3, 5(3).

³⁸ *Ibid*, art 4(1).

³⁹ *Ibid*, art 5(1).

⁴⁰ Violation Ticket (4 décembre 2003), Edmonton, Alberta A05220810K.

We have received your letter regarding the above violation. Your request to have this trial in French must be made in person, before the court, no later than January 6, 2004. You will be required to report to a Justice of the Peace at Provincial Court Traffic for a Court Room assignment for this application. As the Court sitting times are either 9:30 a.m. or 2:00 p.m., you must attend at either time. Should you fail to attend by January 6, 2004, this matter will be set for an English trial and notification will be mailed accordingly⁴¹.

Ne s'étant pas présenté le 6 janvier 2004, Gilles Caron était condamné par contumace et le 16 janvier, devant un juge de paix de la Cour provinciale (division civile), il demandait la rétraction de ce jugement. Sa requête a été accueillie; le juge lui accordait une nouvelle audience le mois suivant, mais cette fois-ci devant un juge de la division criminelle. Bien que Caron ait revendiqué un procès en français, il souhaitait avant toute chose contester une contravention qui, à son avis, n'était pas constitutionnelle parce que rédigée uniquement en anglais. Le juge, par contre, concluait que la question constitutionnelle était « whether you can actually have a trial in the French language, conducted in the French language, heard in the French language and decided by a commissioner who directly understands the French language »⁴². La procureure de la Couronne rappelait au juge que conformément aux consignes du ministère de la Justice « we don't have trials in French », et que « this gentleman should be provided a trial in this Court with a French interpreter »⁴³.

Croyant la question du procès en français réglée, Gilles Caron se préparait à argumenter l'inconstitutionnalité de sa contravention. Néanmoins, durant l'audience du 17 février 2004, une nouvelle procureure faisait savoir qu'il aurait son procès en français, dans l'espoir sans doute d'éviter une contestation constitutionnelle :

In the intervening time I had a look at the file and we agreed to give him a trial in French. Since then, today, he's advised me that his Charter application was, umm... something different than that, which I don't know because I've never received any written notice from him regarding what his Charter application is going to be about⁴⁴.

À la suite de quelques échanges peu cohérents, le juge expliquait à Caron qu'il devait se présenter en cour de nouveau deux semaines plus tard afin de déterminer la date de son procès, et qu'entretemps il devait demander à son avocat de prendre contact avec le procureur de la Couronne. Ironiquement, l'interprète présent lors de ces échanges n'était intervenu à aucun moment. Quand le juge a remarqué « you seem to speak English fairly well », Caron a répondu que « [n]o, but uh... I'm lost in procedures, as you can imagine »⁴⁵.

⁴¹ Lettre de L. Hawryluk à Gilles Caron (10 décembre 2003). Cette lettre ne comportait ni en-tête ni signature.

⁴² Proceedings taken in the Provincial Court of Alberta, *R c Caron* (16 janvier 2004), Alberta Courts Transcript Management Services à la p 3 [Proceedings].

⁴³ *Ibid* aux pp 2, 4.

⁴⁴ *Ibid* (17 février 2004) aux pp 8-9.

⁴⁵ *Ibid* à la p 15.

Gilles Caron se présentait en cour une nouvelle fois le 2 mars 2004 et apprenait que son procès aurait lieu les 11 et 12 août de cette même année. Quelque temps plus tard, la Couronne demandait que la date du procès soit avancée au 26 mai. Le 26 mai, le tribunal était saisi immédiatement d'une demande d'ajournement au 9 juin 2004. Le substitut de la Couronne expliquait que le procureur désigné, John Kennedy, était absent et que le dénonciateur, l'agent de police, était en vacances. Caron s'opposait à cette requête et demandait au juge de prononcer un non-lieu. S'adressant à Caron, le juge déclarait : « the Crown has asked for an adjournment, you have objected, I'm giving the Crown their adjournment. There will be no more adjournments. Two weeks today, that's it ». Puis se tournant vers le substitut : « There will be one more adjournment, one more adjournment only, and the Crown understands, okay? »⁴⁶.

Cependant, le 9 juin 2004, devant un nouveau juge, le procureur de la Couronne demandait un nouvel ajournement, cette fois au 23 juin 2004, plaidant qu'il venait d'apprendre que le dénonciateur était en vacances. Gilles Caron répondait que le substitut était déjà au courant lors de l'audience précédente :

La prosécution a dit au juge que le policier avait des mal de dos, il était malade et qu'il a pris des vacances très longues. Et j'ai téléphoné aux affaires internes de la police d'Edmonton, on m'a dit que le policier a contacté la prosécution trois fois pour dire qu'il n'était pas disponible pour la conférence et le procès⁴⁷.

Le juge décidait quand même de remettre l'audience au 23 juin 2004, précisant que la date du procès serait fixée à ce moment-là, et que « the trial will be pre-emptory on the Crown »⁴⁸.

La semaine suivante, le 18 juin 2004, le procureur John Kennedy faisait savoir à la Cour provinciale qu'il avait obtenu l'accord de l'avocat de Gilles Caron pour faire ajourner le procès aux 10 et 11 janvier 2005. Afin de justifier ce long délai, le procureur notait la difficulté posée par un procès en français qui, de surcroît, soulèverait des questions constitutionnelles. « [D]efence is proposing to run a Charter argument concerning whether or not the *Traffic Safety Act* ought to be in French »⁴⁹. Il confirmait en même temps que le juge Leo Wenden entendrait la cause. Toutefois, le 17 décembre 2004 le procureur demandait au juge Wenden, au nom du défendeur, que le procès soit remis au 3 octobre 2005, et qu'une période de cinq jours y soit consacrée⁵⁰. Aucune explication n'était donnée.

En fait, lors d'une audience tenue par téléconférence le 6 octobre 2005, le procureur David Kamal demandait un autre ajournement, cette fois au 1^{er} mars 2006. Selon Kamal,

⁴⁶ *Ibid* (26 mai 2004) à la p 24.

⁴⁷ *Ibid* (9 juin 2004) à la p 30.

⁴⁸ *Ibid* à la p 31.

⁴⁹ *Ibid* (18 juin 2004) à la p 33.

⁵⁰ *Ibid* (17 décembre 2004) à la p 36.

le ministère de la Justice souhaitait embaucher un nouveau procureur bilingue et le processus de sélection n'était pas encore terminé :

I have also been informed just to allay any fears that Mr. Baudais or the Court may have that this matter will be adjourned yet again, that any dates agreed upon today, that Alberta Justice will have outside counsel hired. There will not be any adjournment sought on the basis that we haven't hired counsel⁵¹.

Néanmoins, le 21 février 2006, la procureure retenue, Teresa Haykowsky, avertissait la Cour de son intention de demander un délai de six mois pour se préparer. Elle prévoyait que la Couronne prendrait trente minutes, le 1^{er} mars 2006, au début du procès, pour résumer les faits. « Par la suite, moi, j'attendrai de la part de l'avocat de la défense le sommaire ainsi que les éléments sur lesquels les témoins vont s'appuyer et je vais devoir demander pour un ajournement à ce moment-là »⁵². Suite à une longue discussion, l'avocat de Gilles Caron, Rupert Baudais, acceptait de lui remettre le lendemain une copie du sommaire et, en retour, la procureure acceptait de réexaminer sa demande d'ajournement. Elle présentait néanmoins sa requête, refusée par le juge Wenden.

Après avoir subi pendant plus de deux ans les tergiversations et les temporisations du ministère de la Justice, le 1^{er} mars 2006, Gilles Caron obtenait enfin son procès en français. (Entretemps, la Cour avait ordonné l'instruction simultanée de la cause *R. c. Boutet*; ainsi, Pierre Boutet obtenait du même coup un procès en français.) Le juge présidait les audiences en français. La poursuite présentait le rapport d'infraction en français. L'avocat de la défense interrogeait son client et ses témoins en français, et la procureure de la Couronne menait ses contre-interrogatoires en français. Cependant, avant de contre-interroger les deux témoins experts de la défense, le sociologue Claude Denis et le politicologue Edmund A. Auger, elle obtenait respectivement des délais de huit jours et d'un jour et demi⁵³. Enfin, le 15 mars 2006, en dépit des objections soulevées par la défense, le procès était ajourné jusqu'à l'automne pour permettre à la poursuite de faire appel à ses propres témoins experts.

La cour reprenait ses audiences, le 23 octobre 2006, pour entendre, toujours en français, le témoignage expert de l'historien Kenneth J. Munro. Toutefois, à compter du 14 novembre, elle se trouvait devant un témoin, le sociolinguiste Joshua A. Fishman, qui ne pouvait pas s'exprimer en français. Par conséquent, la procureure de la Couronne, Teresa Haykowsky, adoptait l'anglais pour l'interrogatoire principal et suggérait que le tout soit interprété en français pour le procès-verbal :

Je propose, compte tenu du fait que toutes mes discussions avec monsieur le docteur Fishman sont en anglais, je propose de lui parler en anglais. Suite à cela, monsieur Ladsous va traduire ma question en français. Le docteur Fishman répondra en anglais et suite à cela, monsieur Ladsous va traduire en

⁵¹ *Ibid* (6 octobre 2005) à la p 12.

⁵² Procès (21 février 2006), *supra* note 13 à la p 3.

⁵³ Voir *R c Caron*, 2007 ABQB 262 au para 12.

français et la transcription reflétera à la fois l'anglais et le français et cela permettra à monsieur Caron de pouvoir lire et comprendre nos discussions à la Cour en français⁵⁴.

De son côté, l'avocat de la défense, Rupert Baudais, préférait utiliser le français pour le contre-interrogatoire et l'interprète traduisait les questions en anglais pour le témoin. Les services de transcription ont fourni deux versions de ces audiences, une en anglais, incomplète, qui reproduisait de façon apparemment aléatoire le témoignage livré en anglais; une autre en français, plus complète, qui rapportait les échanges en français, de même que l'interprétation des interventions en anglais.

Le 23 novembre, le professeur Munro était rappelé à la barre et la Cour reprenait ses audiences en français. (Cependant, durant le contre-interrogatoire, invoquant un manque de temps et de ressources, l'avocat de la défense obtenait à plusieurs reprises de courts ajournements.) Le 6 décembre 2006, à la fin de la période allouée pour le procès, la Cour n'avait pas encore terminé son travail et les audiences étaient ajournées jusqu'à la nouvelle année, adaptant son horaire à la disponibilité des locaux au palais de justice.

Le 26 février 2007, la Cour siégeait à nouveau pendant deux semaines pour poursuivre l'interrogatoire et le contre-interrogatoire des témoins de la poursuite, Munro et Fishman, et introduire également le témoignage du sociologue Robert A. Stebbins. Celui-ci voulant témoigner en anglais, la Cour a adopté les mêmes modalités qu'avec le professeur Fishman, sauf pour la transcription bilingue. Dans l'intervalle, la firme chargée de la transcription des débats avait averti le ministère de la Justice qu'elle n'était plus en mesure de fournir ce service dans les deux langues. « The transcription company that has been responsible for past transcriptions on this case has refused to continue transcribing if the proceeding is conducted in both languages with simultaneous translation »⁵⁵. Elle expliquait pour justifier son refus que la procureure et l'interprète partageaient la même ligne d'enregistrement, très bruyante, et que le transcripteur éprouvait des difficultés à distinguer les deux versions linguistiques. Deuxièmement, la transcription était rédigée sur deux appareils différents, l'un pour le français, l'autre pour l'anglais, et « it is virtually impossible to have one person transcribing in both languages »⁵⁶. La Cour décidait par conséquent de faire d'abord une transcription des témoignages en anglais, puis d'en fournir une traduction en français.

Passant à la contre-réfutation, l'avocat de la défense rappelait le professeur Auger à la barre, mais faisait aussi appel à d'autres experts, les historiens Raymond Huel et Juliette Champagne, ainsi que le psychopédagogue Rodrigue Landry⁵⁷. Et la Cour revenait à la langue française.

Les efforts de Gilles Caron lui avaient enfin permis d'obtenir un procès en français. Deux témoins, Joshua Fishman et Robert Stebbins s'étaient exprimés en anglais, mais

⁵⁴ Procès (14 novembre 2006), *supra* note 13 aux pp 3670-3671.

⁵⁵ *Ibid* (7 mars 2007) aux pp 5009-5010.

⁵⁶ *Ibid* à la p 5013.

⁵⁷ *Ibid* (26 février 2007) aux pp 4794-4803.

leurs interventions avaient été rapportées en français, et tous les autres participants, y compris ceux pour qui le français n'était pas la langue maternelle, avaient choisi de s'exprimer en français. Il leur arrivait parfois de lire des extraits de documents en anglais, mais les témoignages se poursuivaient en français. Exceptionnellement, le 26 février 2007, après avoir cité certains principes juridiques en anglais, la procureure Haykowsky avait continué son exposé en anglais. L'avocat de la défense s'était immédiatement levé pour lui rappeler que « [l]orsqu'on a commencé ce procès, le procureur de la Couronne de l'Alberta nous a promis un procès en français »⁵⁸. En réponse, le juge Wenden acceptait que la jurisprudence publiée uniquement en anglais soit lue en anglais, tout en rappelant que la jurisprudence provenant de la Cour suprême du Canada et des tribunaux du Québec ou du Nouveau-Brunswick était disponible en français⁵⁹. Sur ce, la procureure poursuivait son argumentation en français et le procès a pris fin le 15 juin 2007.

IV – Financer un procès en français

Journalier de construction et ne possédant que des ressources financières très modestes, en revendiquant ses droits linguistiques Gilles Caron ne pensait pas entamer des démarches aussi longues, aussi ardues et aussi dispendieuses. Il prévoyait une simple comparution en cour, sans avocat, et une audience qui ne demanderait qu'une heure de son temps⁶⁰. En fait, sommé à comparaître à plusieurs reprises au palais de justice sans égard à sa disponibilité ou à ses obligations de travail, il devait payer cher en temps et en argent avant même d'obtenir son procès. De plus, pour se défendre face au ministère de la Justice de l'Alberta, un adversaire puissant et doté de ressources considérables, il allait devoir se résigner à la nécessité de retenir les services d'un avocat.

Lors d'une contravention antérieure, Gilles Caron avait envisagé de faire appel à un avocat, mais il avait dû y renoncer pour des raisons linguistiques. Il avait pris contact avec la Legal Aid Society of Alberta, « mais on ne me comprenait pas au téléphone. J'ai fait quelques téléphones, un ou deux téléphones, mais mon anglais était tellement terrible que... »⁶¹. Il avait aussi contacté POINTTS (Provincial Offences Information and Traffic Ticket Service), une firme fondée par un ancien policier pour offrir une représentation abordable aux automobilistes inculpés d'infractions au *Code de la route*, mais « il n'y avait pas de francophone » qui travaillait à POINTTS⁶².

En janvier 2004, il s'est finalement résolu à entrer en contact avec un avocat francophone. Il en a rejoint quatre en Alberta sans toutefois obtenir de réponse positive, quelques-uns expliquant qu'ils étaient trop occupés, un autre qu'il ne pratiquait plus le droit constitutionnel⁶³. En désespoir de cause, Caron s'est adressé à Ronald Caza du cabinet Heenan Blaikie à Ottawa, qu'il avait vu à la télévision au moment de l'affaire

⁵⁸ *Ibid* à la p 4803.

⁵⁹ *Ibid*.

⁶⁰ Lettre de Gilles Caron à Edmund A. Auger (11 janvier 2009) [Caron, Lettre].

⁶¹ Procès (1^{er} mars 2006), *supra* note 13 à la p 33.

⁶² *Ibid* à la p 55.

⁶³ Caron, Lettre, *supra* note 60.

Montfort quelques années plus tôt. Il n'a pas réussi à rejoindre Caza, mais son assistant, Joël Dubois, l'a encouragé à persister dans ses revendications et lui a suggéré plusieurs avocats à même de l'aider, dont Roger Lepage du cabinet Balfour Moss (maintenant Miller Thomson) à Regina en Saskatchewan. Spécialiste en droit linguistique et constitutionnel, Lepage avait participé à la défense d'André Mercure, lors de son appel interjeté avec succès en Cour suprême du Canada.

Toutefois, selon Caron, Lepage ne semblait pas tellement intéressé par la possibilité d'intervenir dans cette nouvelle cause. Sans fermer complètement sa porte, il lui a conseillé de demander l'aide financière du Programme de contestation judiciaire du Canada (PCJ)⁶⁴. Le PCJ était un organisme national créé en 1994 pour financer les actions en justice susceptibles de faire évoluer les droits à l'égalité et les droits linguistiques garantis par la Constitution du Canada. Une telle aide financière assurait aux citoyens canadiens, et surtout aux moins fortunés, un moyen de se défendre contre les institutions gouvernementales qui pouvaient faire fi de leurs droits constitutionnels. Bertha Wilson, juge à la Cour suprême du Canada, avait fait à cet égard une observation très pertinente : « [i]l est tout à fait illusoire d'accorder des droits à des gens qui n'ont pas les moyens de les faire valoir »⁶⁵.

Peu après sa deuxième comparution en février 2004, Gilles Caron avait approché le PCJ. L'agent du PCJ lui avait d'abord refusé toute aide financière, confiant que le problème pouvait être réglé autrement, et lui avait conseillé tout simplement de retourner en cour⁶⁶. Ce que Caron avait fait, mais lors de la troisième audience, quand il avait senti que les choses allaient de mal en pis, il avait repris contact avec le PCJ qui, cette fois, avait décidé de lui octroyer un financement. Le 25 mai 2004, lors de sa quatrième comparution en cour, Gilles Caron avait donc pu annoncer que M^e Roger Lepage le représenterait. Cependant, peu après, Lepage devait se désister suite à un conflit d'horaire et M^e Rupert Baudais, également du cabinet Balfour Moss, devait prendre le dossier en main.

Selon les déclarations faites en cour, le PCJ avait consenti à Gilles Caron un financement de 60 000 \$ – le maximum prévu en première instance – pour couvrir ses frais juridiques. Toutefois, deux ans plus tard Caron devait faire savoir que cette somme était complètement épuisée « en raison du travail additionnel de son avocat occasionné par les demandes de délais et les requêtes d'ajournement du procès de la part du poursuivant en février »⁶⁷. Caron a donc présenté au PCJ une deuxième demande de financement « extraordinaire » au montant de 25 000 \$. Le 15 mars 2006, le PCJ lui octroyait un supplément de 10 000 \$ – une somme tout à fait inadéquate; la semaine suivante, Caron déclarait un déficit « d'au moins 13 339,65 \$ »⁶⁸. Au mois de juin, le PCJ

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Lettre de la juge Bertha Wilson au ministre de la Justice du Canada (4 mars 1992), citée par Richard Goreham, *Les droits linguistiques et le Programme de contestation judiciaire*, Ottawa, Commissariat aux langues officielles, 1992 à la p xi.

⁶⁶ Caron, Lettre, *supra* note 60.

⁶⁷ Procès (3 avril 2006), *supra* note 13 à la p 1674.

⁶⁸ *Ibid* à la p 1675.

laissait entendre qu'il était prêt à accepter une nouvelle demande, cette fois pour un octroi au-delà de 25 000 \$⁶⁹.

Sur un autre front, le 15 mars 2006 l'avocat de Gilles Caron avait également adressé une requête à la Cour provinciale, demandant une ordonnance qui obligerait le ministre de la Justice à payer des réparations pour « un délai systématique et délibéré de la part du poursuivant »⁷⁰.

[L]'accusé demande à cette honorable cour d'ordonner que le ministre de la Justice paie immédiatement à la défense sur une base avocat-client et selon un tarif raisonnable tous les frais juridiques additionnels et les débours additionnels occasionnés par les nombreuses demandes d'ajournement et par les délais qui ont eu lieu dans l'organisation et le déroulement de ce procès⁷¹.

À l'appui de cette requête, il citait la *Charte canadienne des droits et libertés*, notamment l'article 11 qui reconnaissait à tout inculpé le droit d'être jugé dans un délai raisonnable et à l'issue d'un procès public et équitable, ainsi que l'article 24 qui autorisait une réparation convenable et juste en cas d'atteinte aux droits. Il déposait également des comptes méticuleux détaillant les heures, les frais et les débours encourus en raison des demandes d'ajournement présentées durant la période du 13 au 28 février 2006⁷².

Dans une décision rendue le 2 août 2006, le juge Leo Wenden concluait qu'effectivement, les droits de Gilles Caron avaient été atteints, et il ordonnait à la Couronne de payer à l'accusé la somme de 15 949,65 \$⁷³. Dans ses motifs, il reconnaissait que le comportement de la poursuite avait produit un procès « inéquitable » – « une parodie de procès » – dont le contrecoup avait été « de miner l'intégrité du système judiciaire »⁷⁴. Ce paiement de réparation comblait une part importante du déficit accumulé jusqu'alors par la défense, mais il ne garantissait pas la continuation du procès.

Constatant que la poursuite avait obtenu un nouvel ajournement jusqu'au 23 octobre 2006 en vue d'étudier les preuves déposées par la défense, de mener ses propres recherches documentaires, d'appeler de nouveaux témoins experts à la barre, somme toute, de préparer sa réfutation, Caron introduisait en même temps, le 15 mars 2006, une requête pour le versement d'une provision pour frais. Il demandait une ordonnance qui contraindrait la Couronne à payer, à l'avance, les honoraires et débours de son avocat. Sans cette aide, qu'il estimait à 164 150 \$, il ne pensait pas avoir les ressources financières nécessaires pour poursuivre sa défense, et donc pour obtenir un procès juste et équitable⁷⁵.

⁶⁹ *Ibid* (5 octobre 2006) aux pp 2005-2006.

⁷⁰ *Ibid* (15 mars 2006) à la p 1461.

⁷¹ *Ibid* à la p 1489.

⁷² Rupert Baudais, Note de frais (24 mars 2006).

⁷³ *R c Caron*, 2006 ABPC 278 au par 128 [*R c Caron*, 2006].

⁷⁴ *Ibid* au para 109.

⁷⁵ Procès (3 avril 2006), *supra* note 13 à la p 1691.

La Cour suprême du Canada avait statué en 2003, dans la cause *Okanagan*, sur le pouvoir du tribunal d'accorder des dépens à une partie au litige avant le règlement définitif de l'affaire : « Le pouvoir d'ordonner le paiement de frais provisoires est inhérent à la nature de la compétence en equity de statuer sur les dépens, et le tribunal peut, lorsqu'il l'exerce, décider à son gré à quel moment et par qui les dépens seront payés »⁷⁶. Plusieurs conditions devaient être présentes pour qu'une provision pour frais soit accordée :

La partie qui sollicite l'ordonnance doit être si dépourvue de ressources qu'elle serait incapable, sans cette ordonnance, de faire entendre sa cause. Elle doit prouver *prima facie* que sa cause possède un fondement suffisant pour justifier son instruction devant le tribunal. De plus, il doit exister des circonstances suffisamment spéciales pour que le tribunal soit convaincu que la cause appartient à cette catégorie restreinte de causes justifiant l'exercice exceptionnel de ses pouvoirs⁷⁷.

En conséquence, Caron argumentait que sa situation répondait aux critères fixés par la Cour suprême du Canada. Premièrement, il n'avait pas les moyens nécessaires pour continuer sa défense, et à titre d'information il dévoilait des renseignements personnels, notamment son revenu annuel, ses comptes en banque, sa propriété immobilière, sa dette hypothécaire et son état de santé⁷⁸. Deuxièmement, la cause revêtait une importance exceptionnelle pour le public albertain en raison de ses implications constitutionnelles, dont le droit à un procès en français et aux lois publiées en français⁷⁹. Le juge Leo Wenden avait implicitement reconnu dans son jugement du 2 août 2006 que la situation de Gilles Caron satisfaisait à ces conditions. Il a toutefois rejeté la requête, s'appuyant sur son pouvoir discrétionnaire et sur le caractère civil de la cause *Okanagan*; il concluait qu'étant donné la nature quasi criminelle de la cause *Caron*, « les critères de l'arrêt *Okanagan* ne sont pas applicables dans ce cas »⁸⁰.

Entretemps, Gilles Caron avait aussi déposé une demande d'aide financière à la Legal Aid Society of Alberta (LASA), une agence subventionnée largement par le ministère de la Justice de l'Alberta et ayant pour but de donner aux moins nantis l'accès aux services juridiques. Le 5 avril 2006, toutefois, la LASA l'informait que sa demande était refusée « for the following reason(s) : SUMMARY CONVICTION / PROVINCIAL STATUTE / MUNICIPAL BY-LAW »⁸¹. Une explication cryptique, par laquelle la LASA faisait part de sa politique de ne pas subventionner les personnes coupables de contraventions au *Code de la route*, jugeant de telles causes de moindre importance.

Caron avait immédiatement contesté cette décision en répondant : « I did in fact very clearly mentionned that the matter of the traffic ticket is now at a stage of language

⁷⁶ *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 RCS 371 au para 35.

⁷⁷ *Ibid* au para 36.

⁷⁸ Procès (3 avril 2006), *supra* note 13 aux pp 1681-1684.

⁷⁹ *Ibid* à la p 1671.

⁸⁰ *R c Caron*, 2006, *supra* note 73 au para 161.

⁸¹ Lettre de Jocelyne M. à Gilles Caron (5 avril 2006).

and constitutional rights, Charter of rights.... And that is what I ask to be covered by Legal Aid if such case is covered »⁸². Le même jour, la LASA réitérait son refus alléguant de nouveaux motifs, d'abord, « NOT COVERED BY POLICY », puis « ASSETS OVER THE GUIDELINES »⁸³. La première explication visait le litige, reprenant la position qu'il s'agissait surtout d'une cause touchant au *Code de la route*, non pas d'une question constitutionnelle. Le deuxième motif concernait le demandeur, prétendant que ses actifs dépassaient la limite maximale fixée par le programme. (Une limite qui n'était pas précisée. Aujourd'hui, selon les directives de la LASA, le seuil d'éligibilité est déterminé par le revenu plutôt que par les actifs : le demandeur ne doit pas avoir un revenu annuel net supérieur à 11 000 \$⁸⁴.)

Caron déposait un appel formel : « For the following reasons I feel that this cause; that everyone in Alberta should have a trial in french if they ask for ... And that my constitutional rights were violated in this case on a few points »⁸⁵. Dans une lettre à l'appui, son avocat Rupert Baudais expliquait en détail l'importance constitutionnelle de la cause et signalait également le manque de ressources : « The Crown anticipates 29 more days of trial. Mr. Caron has no further funds to pay for future legal fees and disbursements. We have also done a substantial amount of pro-bono work on this case in the last 2 years »⁸⁶. Néanmoins, le 20 avril 2006, la LASA répondait que « [t]he Committee has resolved to deny coverage for you [...] on the basis of financial and substantive ineligibility »⁸⁷ et suggérait que Caron contacte le PCJ pour faire financer la dimension constitutionnelle de sa cause.

Malheureusement, cette porte devait être bientôt également close : le 25 septembre 2006, le gouvernement canadien annonçait la suppression du Programme de contestation judiciaire, mettant fin aux espoirs de Gilles Caron d'obtenir un nouvel octroi. Quatre jours plus tard, le 29 septembre 2006, son avocat, Rupert Baudais, déposait une requête d'ajournement *sine die* en vue de poursuivre d'autres avenues de financement. Selon lui, le procès ne pouvait pas être juste et équitable sans l'octroi de ressources financières additionnelles parce qu'« il est impossible pour monsieur Caron d'obtenir les services d'un avocat »⁸⁸. Le juge Wenden refusait de statuer sur une « violation hypothétique » des droits juridiques et rejetait la requête⁸⁹. Le 25 octobre 2006, comme prévu, la Cour reprenait ses audiences.

Toutefois, le 6 novembre 2006, faisant suite à une nouvelle requête déposée par la défense et s'appuyant sur d'autres preuves et références juridiques, le juge Wenden rendait une décision ordonnant le paiement de frais :

⁸² Lettre de Gilles Caron à Jocelyne M. (5 avril 2006).

⁸³ Lettre de Jocelyne M. à Gilles Caron (5 avril 2006).

⁸⁴ « Do I Qualify for Support? » (2 août 2010), en ligne : Legal Aid Alberta <<http://www.legalaid.ab.ca/help/Pages/qualify.aspx>>.

⁸⁵ Lettre de Gilles Caron à la Legal Aid Society of Alberta (6 avril 2006).

⁸⁶ Lettre de Rupert Baudais au Appeal Committee de la Legal Aid Society of Alberta (18 avril 2006).

⁸⁷ Lettre de Helen Kukurba à Gilles Caron (20 avril 2006).

⁸⁸ Procès (5 octobre 2006), *supra* note 13 à la p 1957.

⁸⁹ *Ibid* à la p 2022.

La requête de l’avocat de la Défense est accordée. Il y aura une ordonnance accordant à l’avocat de la Défense une subvention calquée sur la base ayant été négociée entre la Province d’Alberta et le Cabinet qui représente la province. Cette ordonnance couvrira les dépenses relatives à l’embauche des avocats, ainsi que celles afférentes aux experts nécessaires. Les avocats peuvent s’entendre au sujet des moyens nécessaires pour effectuer cette ordonnance⁹⁰.

Le lendemain, la procureure de la Couronne annonçait que le ministère de la Justice prendrait le temps nécessaire pour analyser cette décision et sa portée, et qu’il ferait connaître sa position le 15 novembre 2006⁹¹. Déconcerté par ce délai, mais sans abandonner ses tâches pour autant, l’avocat de la défense protestait qu’il ne pouvait pas continuer à faire un travail responsable et cohérent sans le versement immédiat des fonds alloués⁹². Comme promis, le 15 novembre 2006, la procureure de la Couronne faisait savoir qu’elle chercherait un moyen d’obtenir un sursis et qu’elle interjetterait appel de l’ordonnance, tout en acceptant de rencontrer M^c Baudais dans l’intervalle pour « parler des finances »⁹³.

V – La preuve principale

Dans son avis de question constitutionnelle signifié au procureur général de l’Alberta le 15 juillet 2005, ainsi qu’au procureur général du Canada le 15 septembre 2005, Gilles Caron contestait la validité de la *Loi linguistique*, notamment l’abrogation de l’article 110 de l’*Acte des Territoires du Nord-Ouest*⁹⁴. Il affirmait que cet article était toujours valide, de même que ses garanties concernant le bilinguisme législatif et judiciaire en Alberta. Comme mesures de redressement, il demandait que la *Loi linguistique* soit déclarée inopérante et que les accusations portées contre lui soient retirées⁹⁵. De plus, il souhaitait que la Cour provinciale oblige la Province de l’Alberta à « adopter en français et faire sanctionner toutes les lois et règlements », et à garantir « des procédures en français comme en anglais en matière pénale et civile devant tous les tribunaux », y compris le droit « d’être entendu et compris en français par les tribunaux sans interprète »⁹⁶.

Sur le plan juridique, Caron s’appuyait en grande partie sur le principe constitutionnel de respect et de protection des minorités⁹⁷. En 1998, dans le *Renvoi relatif*

⁹⁰ *Ibid* (6 novembre 2006) à la p 3348.

⁹¹ *Ibid* (7 novembre 2006) aux pp 3570-3571.

⁹² *Ibid* à la p 3573.

⁹³ *Ibid* (15 novembre 2006) à la p 3774.

⁹⁴ Avis de question constitutionnelle conformément au Constitutional Notice Regulation, Alta Reg 102/99 (15 juillet 2005) au para (a).

⁹⁵ *Ibid* au para (d).

⁹⁶ *Ibid*.

⁹⁷ Trois ans plus tôt, Peter Bergbusch, un collègue de Rupert Baudais au cabinet Balfour Moss, avait évalué la possibilité que la *Loi linguistique* de la Saskatchewan soit jugée inopérante en raison de son incompatibilité avec le principe de protection des minorités. Voir Peter Bergbusch, « L’impact de la jurisprudence récente sur le statut des droits linguistiques en Saskatchewan » (2002) (Documents en

à la sécession du Québec, la Cour suprême du Canada avait décrit ce principe comme une « force vitale »⁹⁸ de la Constitution du Canada, et souligné qu'il pourrait « dans certaines circonstances » imposer « des limites substantielles à l'action gouvernementale », liant « à la fois les tribunaux et les gouvernements »⁹⁹. Le principe se manifestait dans les dispositions constitutionnelles protégeant « les droits linguistiques, religieux et scolaires des minorités » et s'inspirait d'une volonté d'empêcher la submersion et l'assimilation des minorités¹⁰⁰.

En 1999, dans la cause *Lalonde*, la Cour divisionnaire de l'Ontario avait fait usage de ce même principe pour annuler une directive de la Commission de restructuration des services de santé qui aurait mené à la fermeture de l'Hôpital Montfort, le seul hôpital de langue française en Ontario. Deux ans plus tard, la Cour d'appel de l'Ontario confirmait ce jugement et soulignait une nouvelle fois la nécessité de protéger les minorités de langue officielle :

[n]ous convenons avec la Cour divisionnaire qui affirme, aux pp. 65 et 66, que la langue et la culture de la minorité francophone en Ontario « occupent une place privilégiée dans le tissu de la société canadienne en tant que l'une des collectivités culturelles fondatrices du Canada et que [le français est] l'une des deux langues officielles dont les droits sont inscrits dans la Constitution. » Si elles étaient mises à exécution, les directives de la Commission porteraient grandement atteinte au rôle de Montfort en tant qu'importante institution, vitale pour la minorité francophone de l'Ontario sur les plans linguistique, culturel et éducatif. Une telle atteinte serait contraire au principe constitutionnel fondamental de respect et de protection des minorités¹⁰¹.

L'avis de question constitutionnelle de Gilles Caron se fondait aussi sur l'importance des droits linguistiques et de leurs règles d'interprétation. Citant la décision de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, son avocat, Rupert Baudais, rappelait dans son mémoire le lien fondamental entre le bilinguisme officiel et la dignité humaine :

L'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* est une manifestation spécifique du droit général qu'ont les Franco-manitobains de s'exprimer dans leur propre langue. 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

droits linguistiques du Programme de contestation judiciaire du Canada), en ligne : <http://www.accesjustice.ca/documents/peter-bergbusch.pdf>.

⁹⁸ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 au para 51. La Cour avait décrit quatre principes comme « la force vitale » : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté de droit, et le respect des droits des minorités.

⁹⁹ *Ibid* au para 54.

¹⁰⁰ *Ibid* au para 79.

¹⁰¹ *Lalonde c Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 OR (3e) 577 au para 181.

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 société¹⁰².

Cette citation était particulièrement pertinente étant donné que le libellé de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* vis-à-vis du bilinguisme officiel en matières législative et judiciaire était pratiquement identique à celui de l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*.

La Cour suprême du Canada ayant déclaré à l'issue de l'arrêt *Beaulac* en 1999 que « [I]es droits linguistiques doivent dans tous les cas être interprétés en fonction de leur objet, de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada », et souligné en même temps « 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 »¹⁰³, le cadre interprétatif des droits des minorités avait évolué, prenant une orientation plus libérale et plus collective. Cette même cour avait invoqué l'article 16 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour préconiser une progression vers l'égalité de statut des deux langues officielles :

L'égalité n'a pas un sens plus restreint en matière linguistique. En ce qui concerne les droits existants, l'égalité doit recevoir son sens véritable. Notre Cour a reconnu que l'égalité réelle est la norme applicable en droit canadien. Quand on instaure le bilinguisme institutionnel dans les tribunaux, il s'agit de l'accès égal à des services de qualité égale pour les membres des collectivités des deux langues officielles au Canada¹⁰⁴.

Résumant son argumentation, Baudais invitait la Cour provinciale de l'Alberta à utiliser le principe de protection de la minorité francophone comme barème d'évaluation de la constitutionnalité de la *Loi linguistique* de l'Alberta :

Nous demandons au Tribunal de reconnaître que les réponses aux questions juridiques dans cette cause devraient idéalement être formulées en fonction de ce qui favorisera le mieux l'épanouissement et la préservation de la minorité linguistique francophone en Alberta. Deuxièmement, le droit conféré devrait être interprété d'une façon réparatrice compte tenu des injustices passées et qui n'ont pas été redressées et qui ont nécessité l'enchâssement de la protection des droits linguistiques de la minorité¹⁰⁵.

A - La protection de la minorité francophone

Selon M^c Rupert Baudais, les politiques linguistiques adoptées par le gouvernement albertain, dont la *Loi linguistique*, n'avaient pas contribué à la protection

¹⁰² *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 RCS 721 au para 46.

¹⁰³ *Beaulac*, *supra* note 30 au para 25.

¹⁰⁴ *Ibid* au para 22.

¹⁰⁵ Procès (1 mars 2006), *supra* note 13 aux pp 10-11.

de la minorité francophone. Au contraire, elles avaient entraîné « des effets destructifs et d'érosion sur l'existence même de la communauté francophone »¹⁰⁶. Dans le but de démontrer cette assertion, il appelait plusieurs témoins à la barre.

Le premier témoin, Gilles Caron, faisait part de ses difficultés à vivre pleinement sa vie en Alberta en tant que francophone. Dans ses contacts avec les institutions fédérales, il avait toujours réussi à obtenir un service en français, mais avec le gouvernement provincial, « j'ai essayé puis je pense que je n'ai jamais réussi aucune fois »¹⁰⁷. Ses déboires avec le système judiciaire, suite à sa demande d'un procès en français, étaient à ses yeux un exemple flagrant du traitement que réservait l'Alberta à ses citoyens francophones : « le trouble que j'ai eu avec la justice dans ce billet de contravention-ci, ce n'est pas vivre pleinement sa vie, ça, d'avoir à venir en Cour pendant cinq, six jours, et caetera »¹⁰⁸. En général, concluait Gilles Caron, « l'attitude envers les francophones laisse à désirer beaucoup »¹⁰⁹, et « mon langage n'est pas valorisé »¹¹⁰. Il se voyait de plus en plus forcé à abandonner le français pour parler l'anglais. « Moi, je suis un français, ça me brise le cœur de me faire assimiler présentement »¹¹¹.

Le témoin suivant, Pierre Bergeron, comptable général agréé et natif de Saint-Paul, une ancienne enclave francophone connue au moment de sa fondation sous le nom de Saint-Paul-des-Métis, décrivait ses expériences de jeunesse dans une province qui, depuis 1892, avait banni les écoles francophones. Finissant d'un milieu scolaire où « tout se passait toujours en anglais » et où « on se faisait moquer de notre français », il avait tenté pendant quelque temps d'éviter sa langue maternelle et de cacher son identité linguistique, se présentant comme « Pete » plutôt que « Pierre »¹¹². « Quand j'étais à la première année, grade 1, je parlais uniquement français et par la douzième année, je ne parlais presque plus le français. J'ai subi l'assimilation »¹¹³.

Néanmoins, en 1986, au début de ses études postsecondaires, il était devenu président de Francophonie jeunesse de l'Alberta (FJA)¹¹⁴ et avait milité pour la reconnaissance des droits linguistiques des francophones, en particulier le droit à un enseignement en français. En 1987, lorsque l'Assemblée législative de l'Alberta avait interdit au député Léo Piquette de poser une question en français, « on avait pris ça comme une claque dans la face »¹¹⁵. « On trouvait ça tellement un non-respect d'une minorité avec une langue officielle du Canada qu'on ne pouvait pas s'imaginer qu'il fallait qu'il s'excuse. Pour nous, c'était incompréhensible »¹¹⁶.

¹⁰⁶ *Ibid* aux pp 7-8.

¹⁰⁷ *Ibid* à la p 46.

¹⁰⁸ *Ibid* à la p 36.

¹⁰⁹ *Ibid* à la p 35.

¹¹⁰ *Ibid* à la p 46.

¹¹¹ *Ibid* à la p 38.

¹¹² *Ibid* (3 mars 2006) à la p 300.

¹¹³ *Ibid* (1 mars 2006) à la p 119.

¹¹⁴ Francophonie jeunesse de l'Alberta, une association à but non lucratif fondée en 1972, représente les jeunes albertains d'expression française, âgés de 14 à 25 ans, et fait la promotion de leur bien-être culturel et linguistique.

¹¹⁵ Procès (1 mars 2006), *supra* note 13 à la p 114.

¹¹⁶ *Ibid* aux pp 114-115.

Appelé à la barre des témoins, Léo Piquette, homme d'affaires et ancien député provincial natif de la petite communauté francophone de Plamondon en Alberta, exprimait également la douleur causée par un gouvernement provincial qui avait supprimé les droits linguistiques des francophones et banni l'instruction en français. Après douze années d'école en langue anglaise, Piquette se disait largement assimilé, baragouinant un français appauvri, truffé de mots anglais. Toutefois, il avait pu fréquenter le Collège Saint-Jean à Edmonton, une institution privée francophone, pour ses études postsecondaires et au prix d'énormes efforts, apprendre ce que voulait dire « être un Canadien français qui était éduqué en français, qui parlait français »¹¹⁷.

Son grand-père, Alcide Piquette, premier secrétaire-trésorier de la ville de Saint-Albert en Alberta, lui avait raconté comment, au début du XX^e siècle, le gouvernement provincial avait fait fi de l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest* et des garanties qu'il contenait à l'égard du bilinguisme officiel, en imposant l'usage exclusif de l'anglais dans les débats de l'Assemblée législative, dans les tribunaux et même dans les conseils municipaux¹¹⁸. Élu à l'Assemblée comme député de la circonscription d'Athabasca-Lac La Biche, Léo Piquette avait œuvré pour revendiquer le respect des droits des minorités de langue officielle, notamment l'instruction en français dans des écoles francophones et l'utilisation du français dans les débats de l'Assemblée législative¹¹⁹.

En 1986, lors de son discours inaugural, présenté en français et en anglais, Piquette avait tenté de rappeler aux députés le rôle fondateur des francophones dans l'Ouest canadien et le statut légal de l'article 110¹²⁰. L'année suivante, il avait voulu poser une question en français et en anglais à la ministre de l'Éducation sur le droit constitutionnel des Franco-Albertains à une école française. À sa grande surprise, le président de la chambre lui avait coupé la parole, lui ordonnant de parler en anglais. Piquette s'était plié à cette demande, tout en faisant remarquer de manière non équivoque que le président ne pouvait pas abolir son droit de parler français. Offusquée, l'Assemblée lui avait commandé, sous menace d'expulsion, de présenter des excuses au président.

C'est remplies d'allégresse que la population francophone en Alberta avait accueilli la confirmation de la Cour suprême du Canada, en 1988, dans l'arrêt *Mercury*, voulant que l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest* soit toujours en vigueur : « il y avait un espoir que notre participation à la Confédération de l'ouest était finalement honorée »¹²¹. Cet espoir devait rapidement s'effondrer quand Don Getty, le premier ministre de l'Alberta à l'époque, s'était engagé à protéger le caractère distinct de la société albertaine en faisant adopter une *Loi linguistique* qui supprimerait cet article. « Oui, c'était un peu ça qui étaient les énoncés de monsieur Getty, qui disait "distinct nature" de l'Alberta, qui voulait dire "English only" »¹²². De retour dans sa

¹¹⁷ *Ibid* (8 mars 2006) aux pp 689-690.

¹¹⁸ *Ibid* à la p 586.

¹¹⁹ *Ibid* à la p 602.

¹²⁰ *Ibid* aux pp 612-613.

¹²¹ *Ibid* à la p 668.

¹²² *Ibid* à la p 640.

circonscription, Piquette avait trouvé les aînés en larmes. L'euphorie avait cédé la place à « une tristesse de la francophonie »¹²³.

Le témoin suivant, Claude Denis, professeur de sociologie à l'École d'études politiques de l'Université d'Ottawa, expliquait « le rôle structurant joué par les institutions étatiques sur la vie sociale dans les sociétés modernes et, en particulier, sur le potentiel de développement de groupes minoritaires »¹²⁴. Plus spécifiquement, il déclarait que le gouvernement de l'Alberta, motivé par une hostilité forte et persistante à l'égard de la minorité francophone et de ses droits linguistiques, avait voulu éradiquer le français des institutions étatiques et, par effet d'entraînement, dans la vie quotidienne.

Or, la *Loi linguistique* de 1988 n'est rien d'autre que la mise à jour de cet objectif politique. Autrement dit, la pratique unilingue datant d'avant 1905 et confirmée par la loi de 1988, n'est pas seulement une absence de bilinguisme, elle est une répression. Et une répression efficace a pour effet de réduire l'ampleur, de fragiliser éventuellement jusqu'à l'extinction, le phénomène réprimé¹²⁵.

Il précisait à l'appui que nombre d'activités de la vie quotidienne régulées par l'État ne pouvaient plus être pratiquées en français, « ce qui a pour conséquence de rendre l'anglais de plus en plus utile et nécessaire, alors que le français l'est de moins en moins »¹²⁶. En dépit de son exclusion de l'espace public, le français devait pourtant continuer pendant quelque temps à être employé dans la vie privée, avant de succomber aux effets de son dénigrement social et politique. « [L]es francophones prennent acte de l'aspect symbolique et socioaffectif de cette exclusion : une proportion grandissante d'entre eux passe à l'anglais¹²⁷. »

Le dernier témoin de la défense, Edmund A. Auger, professeur de sciences politiques au Campus Saint-Jean de l'Université de l'Alberta et auteur de plusieurs publications sur la législation albertaine en matière de langue¹²⁸, était appelé à témoigner sur la gouvernance linguistique et « son impact sur la vitalité des minorités de langue officielle »¹²⁹. Il soutenait que les instances gouvernementales pouvaient contrôler l'utilisation d'une langue minoritaire en lui conférant le statut soit de langue promue, soit de langue tolérée, soit de langue bannie. Une langue était promue quand le gouvernement

¹²³ *Ibid* à la p 669.

¹²⁴ Claude Denis, Sommaire du témoignage expert, *R c Caron* (2 mars 2006) au para 2.

¹²⁵ *Ibid* au para 10.

¹²⁶ *Ibid* au para 12.

¹²⁷ *Ibid* au para 13.

¹²⁸ La défense a déposé trois de ses publications comme pièces justificatives : Edmund A. Auger, « Legislating Language Use in Alberta: A Century of Incidental Provisions for a Fundamental Matter » (2004) 42 *Alta L Rev* 463; Edmund A. Auger, « Justifying the End of Official Bilingualism: Canada's North-West Assembly and the Dual-Language Question, 1889-1892 » (2001) 34 *Can J Pol Sci* 451; Edmund A. Auger, « One Language and One Nationality: The Forcible Constitution of a Unilingual Province in a Bilingual Country, 1870-2005 » dans Richard Connors et John Law, dir, *Forging Alberta's Constitutional Foundations*, Edmonton, University of Alberta Press, 2005, 103.

¹²⁹ Edmund A. Auger, Sommaire du témoignage expert, *R c Caron* (6 mars 2006) au para 1 [Auger, Sommaire].

l'utilisait pour les affaires publiques et encourageait son usage dans la société. Une langue était bannie quand le gouvernement la rejetait pour les affaires publiques et entravait son usage dans la société. La promotion contribuait à la vitalité de la minorité linguistique, l'interdiction à son déclin¹³⁰.

Bien que l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest* reconnaissait le statut officiel de la langue française, selon Aunger, la province de l'Alberta avait poursuivi une politique de répression. En matière législative, la province avait établi l'anglais comme la seule langue des débats, des procès-verbaux et des lois. En matière judiciaire, elle l'avait institué comme la langue des plaidoyers, des témoignages et des jugements. Par exemple, en 1919, dans une modification de la *Interpretation Act* intitulée « English as official language », la province avait exigé que « where any Act requires public records to be kept or any written process to be had or taken it shall be interpreted to mean that such records or such process shall be in the English language »¹³¹. Cette politique n'était pas seulement préjudiciable, selon les termes de l'article 110 elle était illégale.

Parce qu'elles étaient rédigées uniquement en anglais, les lois provinciales et leurs instruments d'application – avis, contrats, notices, affiches, annonces, appels d'offre, proclamations, citations, injonctions, consignes, contraventions, registres, etc. – avaient imposé l'utilisation de cette langue dans presque toutes les facettes de la vie quotidienne¹³². En niant les interventions en français, les législateurs albertains avaient incité « l'ensemble de la population à exhiber les mêmes habitudes d'intolérance, de harcèlement et d'incivilité. Ainsi, la langue minoritaire est chassée de la place publique, et la langue majoritaire y établit son hégémonie »¹³³.

B - La constitutionnalisation de la langue française

Durant son témoignage, Aunger faisait ressortir un deuxième fondement juridique que l'avis de question constitutionnelle n'avait pas anticipé. Il déclarait que les habitants, francophones et anglophones, de la Terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest, s'étaient entendus en 1870 pour faire du bilinguisme officiel une condition de leur entrée dans la fédération canadienne. Désireux d'acquérir ce vaste territoire britannique et admettant le bien-fondé de ce préalable, le Gouvernement du Canada s'était engagé formellement à reconnaître le français et l'anglais comme langues officielles. Le parlement canadien avait au préalable entériné cette reconnaissance en 1870 dans l'article 23 de l'*Acte du Manitoba*, et, en 1877, dans l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*. Ces deux lois fédérales, issues du même pacte fondamental, constituaient la base constitutionnelle du bilinguisme officiel en Alberta¹³⁴.

¹³⁰ *Ibid* au para 14.

¹³¹ *Statute Law Amendment Act*, SA 1919, c 4, art 30, modifiant SA 1906, c 3, art 7.

¹³² Aunger, Sommaire, *supra* note 129 au para 15.

¹³³ *Ibid* au para 16.

¹³⁴ Procès (10 mars 2006), *supra* note 13 à la p 1084.

Selon le professeur Auger, le bilinguisme officiel était déjà profondément enraciné dans le Nord-Ouest bien avant l'annexion de ce territoire. Le Conseil d'Assiniboia, seul gouvernement civil dans la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest, promulguait ses lois en français et en anglais¹³⁵. La Cour générale, tribunal de dernier ressort de ces régions, utilisait la langue des parties en présence : le français quand elles étaient francophones; l'anglais quand elles étaient anglophones; les deux langues quand elles comprenaient et francophones et anglophones. Dans ce dernier cas, le justiciable comparait le cas échéant devant un jury mixte, composé de six francophones et de six anglophones. D'autre part, en 1869, au moment où le Canada se préparait à gouverner les territoires annexés, Mgr Alexandre Taché, évêque de Saint-Boniface, avait insisté sur l'importance de reconnaître et de respecter ces coutumes, rappelant au ministre canadien George-Étienne Cartier que « la langue française est non seulement la langue d'une grande partie des habitants du Nord-Ouest, elle est, de plus, elle aussi, langue officielle »¹³⁶.

Encouragés à préciser leurs revendications par le commissaire canadien Donald Smith (le futur Lord Strathcona), les habitants de la région avaient élu une « grande convention » constitutionnelle composée de 20 « Français » et de 20 « Anglais ». De par un processus remarquablement démocratique, réunie à Fort Garry à partir du 25 janvier 1870, cette convention avait conclu un pacte fondamental sur la gouvernance de l'Ouest canadien et entériné les principes essentiels de dualité linguistique et de partenariat culturel. (George-Étienne Cartier devait plus tard comparer cette convention à la conférence de Québec qui avait planifié la confédération de trois colonies britanniques en 1864 et préparé la Constitution du Canada¹³⁷.) Ce pacte, intitulé dans sa forme définitive « LISTE DES DROITS Revendiqués par le peuple de la Terre de Rupert et du Nord-Ouest, et conditions sous lesquelles ce peuple consentirait à entrer dans la Confédération Canadienne », exigeait, entre autres, que « les langues française et anglaise soient communes dans la législature et les cours, et que tous les documents publics, ainsi que les actes de la Législature, soient publiés dans les deux langues »¹³⁸.

Au nom du gouvernement du Canada, le commissaire Smith avait affirmé catégoriquement que le Canada adopterait ces dispositions – et garantirait par conséquent le bilinguisme officiel¹³⁹. Il avait également invité la convention à choisir trois délégués pour traiter avec le premier ministre du Canada, John A. Macdonald, et son principal lieutenant, George-Étienne Cartier. Rendus à Ottawa, ces délégués, John Black (président de la convention et juge en chef de la Cour générale), Alfred H. Scott (membre de la convention), et Noël-Joseph Ritchot (curé de Saint-Norbert), avaient réussi à faire accepter la plupart de leurs demandes, y compris le bilinguisme officiel et, peu après, Macdonald avait présenté un projet de loi à cet effet à la Chambre des communes. Le 12 mai 1870, le gouverneur général sanctionnait l'*Acte du Manitoba*, aujourd'hui intitulé la

¹³⁵ Auger, Sommaire, *supra* note 129 au para 3.

¹³⁶ Procès (10 mars 2006), *supra* note 13 aux pp 1112-1113.

¹³⁷ *Ibid* (6 mars 2006) aux pp 355-356.

¹³⁸ Liste des droits revendiqués par le peuple de la Terre de Rupert et du Nord-Ouest, Winnipeg, Archives du Manitoba, (MG 3 A1-18).

¹³⁹ Auger, Sommaire, *supra* note 129 au para 4.

Loi de 1870 sur le Manitoba; le 24 juin 1870, l'Assemblée législative d'Assiniboia emboîtait le pas en votant, par résolution, au nom des habitants de l'ancienne Terre de Rupert, l'*Acte du Manitoba* et l'annexion territoriale¹⁴⁰. Cette nouvelle loi constitutionnelle, reliant les territoires de l'Ouest aux provinces de l'Est, était un deuxième acte de confédération, aussi important que le premier.

Anticipant le décret britannique qui admettrait « la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest dans l'Union ou la Puissance du Canada », l'*Acte du Manitoba* se donnait comme objectif « d'organiser en province une partie de ces territoires, et d'y fonder un gouvernement, et d'établir des dispositions pour le gouvernement civil de la partie restante de ces territoires qui ne sera pas comprise dans les limites de la province »¹⁴¹. Cette loi établissait la création de deux nouvelles entités politiques, la Province du Manitoba et les Territoires du Nord-Ouest, instituant leur gouvernement et délimitant leurs frontières¹⁴². L'article 36 réitérait une loi antérieure adoptée en 1869, l'*Acte de gouvernement provisoire*, qui maintenait dans les régions annexées toutes les charges gouvernementales déjà existantes, « avec les mêmes attributions et pouvoirs que ci-devant, jusqu'à ce qu'il en soit autrement ordonné par le lieutenant-gouverneur en vertu du présent acte »¹⁴³.

L'*Acte du Manitoba* prévoyait pour cette province un organe exécutif composé d'un lieutenant-gouverneur et d'un conseil exécutif, ainsi qu'un organe législatif composé de ce même lieutenant-gouverneur et de deux chambres appelées le Conseil législatif et l'Assemblée législative¹⁴⁴. La loi envisageait pour les Territoires du Nord-Ouest un régime de tutelle et elle investissait le lieutenant-gouverneur du Manitoba de son administration¹⁴⁵. Cette même loi ne comprenait aucune disposition à l'égard du système de justice; elle maintenait donc par défaut les tribunaux déjà en place, y compris la Cour générale et elle reconnaissait, explicitement du moins au Manitoba, le statut officiel des langues française et anglaise dans les chambres législatives et dans les cours de justice :

L'usage de la langue française ou de la langue anglaise sera facultatif dans les débats des Chambres de la législature; mais dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada, qui sont établis sous l'autorité de "l'acte de l'Amérique Britannique du Nord, 1867," et par devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de la province, il pourra être également fait usage, à faculté, de l'une ou l'autre de ces langues. Les actes de la législature seront imprimés et publiés dans ces deux langues¹⁴⁶.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Acte du Manitoba*, LC 1870, 33 Vict, c 3, préambule [*Acte du Manitoba*].

¹⁴² Aunger, Sommaire, *supra* note 129 au para 5.

¹⁴³ *Acte de gouvernement provisoire*, LC 1869, 32 & 33 Vict, c 3, art 6 [*Acte de gouvernement provisoire*].

¹⁴⁴ *Acte du Manitoba*, *supra* note 141, art 6, 7, 9,

¹⁴⁵ *Ibid.*, art 35.

¹⁴⁶ *Ibid.*, art 23.

Selon le professeur Auger, en plaçant les Territoires du Nord-Ouest sous le régime bilingue du Manitoba et en conservant des institutions communes, cette loi constitutionnelle avait pour effet de perpétuer le bilinguisme officiel dans l'ensemble des territoires annexés¹⁴⁷. Dans cet esprit, le premier lieutenant-gouverneur du Manitoba et des Territoires du Nord-Ouest, Adams Archibald, avait publié ses proclamations dans les deux langues officielles, en colonnes parallèles, l'anglais à gauche, le français à droite. Le premier conseil exécutif et législatif des Territoires du Nord-Ouest, composé de Francis Johnson (recorder du Manitoba et des Territoires du Nord-Ouest), de Donald Smith (député à l'Assemblée législative du Manitoba) et de Pascal Breland (député à l'Assemblée législative du Manitoba) avait également promulgué ses lois dans les deux langues et en colonnes parallèles. De même, le premier juge en chef de la Cour générale du Manitoba et des Territoires du Nord-Ouest, le recorder Johnson, avait présidé la Cour dans les langues parlées par les parties en présence, soit le français ou l'anglais, soit les deux.

En 1875, le premier ministre du Canada, Alexander Mackenzie, avait fait adopter une nouvelle constitution territoriale, l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest, 1875*, pour scinder ce gouvernement dualiste¹⁴⁸. La loi, qui ne serait promulguée que l'année suivante, instaurait une administration territoriale constituée d'un lieutenant-gouverneur et d'un conseil, comme par le passé, mais indépendante du Manitoba et siégeant dans les Territoires du Nord-Ouest. Toutefois, elle n'incluait aucune disposition en matière de langue. En 1877, le sénateur Marc Girard, anciennement premier ministre du Manitoba et premier conseiller des Territoires du Nord-Ouest, devait proposer, avec succès, un amendement pour maintenir le bilinguisme officiel. Cette disposition, d'abord numérotée art. 11, puis, quelques années plus tard, art. 110, reproduisait en grande partie les garanties enchâssées dans l'*Acte du Manitoba* :

Toute personne pourra faire usage soit de la langue anglaise, soit de la langue française, dans les débats du dit conseil et dans les procédures devant les cours, et ces deux langues seront usitées pour la rédaction des pièces d'archives et des journaux du dit conseil ; et les ordonnances du dit conseil seront imprimées dans ces deux langues¹⁴⁹.

Ces garanties linguistiques étaient clairement définies et offraient une protection effective contre toute ingérence potentielle de la part de l'assemblée territoriale. Le Parlement du Canada avait adopté l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*, il était donc le seul à pouvoir modifier ses dispositions. En 1889, lorsque l'Assemblée législative des Territoires du Nord-Ouest avait voulu supprimer l'article 110, elle avait été contrainte à adopter une pétition à cet effet pour la soumettre au gouverneur général du Canada¹⁵⁰. Sa requête devait être refusée.

¹⁴⁷ Auger, Sommaire, *supra* note 129 au para 5; Procès (10 mars 2006), *supra* note 13 aux pp 1041-1043, 1108-1109.

¹⁴⁸ *Acte des Territoires du Nord-Ouest, 1875*, LC 1875, c 49 [*Acte des Territoires du Nord-Ouest, 1875*].

¹⁴⁹ *Acte des Territoires du Nord-Ouest, 1877*, LC 1877, c 7, art 11 [*Acte des Territoires du Nord-Ouest, 1877*].

¹⁵⁰ Procès (10 mars 2006), *supra* note 13 aux pp 1012-1013.

Par contre, au Manitoba, toujours selon le professeur Auger, les droits linguistiques ne paraissaient pas aussi bien protégés¹⁵¹. Le paragraphe 92(1) du *British North America Act, 1867*, reconnaissait à chaque province la compétence exclusive de faire « [t]he Amendment from Time to Time, notwithstanding anything in this Act, of the Constitution of the Province, except as regards the Office of Lieutenant Governor »¹⁵². À ce titre, l'Assemblée législative du Manitoba se sentait par conséquent habilitée à modifier l'article 23 de l'*Acte du Manitoba*, ce qu'elle fit en 1890 en adoptant la *Official Language Act* qui mettait fin au bilinguisme officiel¹⁵³. En 1979, toutefois, dans la cause *Forest*, la Cour suprême du Canada devait lui donner tort en arrêtant que l'article 23 ne faisait pas partie de la constitution de la province au sens du paragraphe 92(1) de la *British North America Act, 1867*¹⁵⁴. Elle était parvenue à cette conclusion en constatant que les mêmes dispositions à l'égard du bilinguisme officiel au Québec ne se trouvaient pas dans la liste des compétences provinciales (art. 92). Elles s'inscrivaient plutôt dans une catégorie spéciale (art. 133), à la fois fédérale et provinciale, dont toute modification exigeait le consentement des deux paliers du gouvernement canadien. En conséquence, la Cour suprême du Canada devait déclarer la *Official Language Act* du Manitoba invalide et inopérante.

En 1905, l'*Acte de l'Alberta* perpétuait dans la nouvelle province de l'Alberta toutes « les lois et les ordonnances » déjà existantes dans les Territoires du Nord-Ouest, mais autorisait leur « abrogation, abolition ou modification par le parlement du Canada ou par la législature de la dite province dans l'exercice de l'autorité qu'a le Parlement ou la dite législature »¹⁵⁵. Toutes choses étant égales, le Parlement du Canada était, selon Auger, le seul législateur disposant de l'autorité pour modifier ses propres lois, dont l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*¹⁵⁶. De la même manière, de 1870 à 1871, le Parlement du Canada était le seul législateur compétent pour modifier l'*Acte du Manitoba*. En 1871, le Parlement du Royaume-Uni devait lui retirer cette compétence en adoptant la *British North America Act, 1871*, proclamant que « it shall not be competent for the Parliament of Canada to alter the provisions of the last mentioned [Manitoba] Act of the said Parliament, in so far as it relates to the Province of Manitoba, or of any other Act hereafter establishing new Provinces »¹⁵⁷. En l'absence de cette loi britannique, selon la Cour suprême du Canada, l'*Acte du Manitoba* « n'est susceptible de modification que par le Parlement qui l'a édicté et par nul autre »¹⁵⁸. En 1906, peu après la création des provinces de l'Alberta et de la Saskatchewan, le parlement canadien avait exercé sa compétence législative en la matière en supprimant l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*. L'année suivante, prenant conscience des répercussions sur ces nouvelles provinces, il l'avait de nouveau adopté, mais en limitant son application aux seules provinces de l'Alberta et de la Saskatchewan¹⁵⁹.

¹⁵¹ *Ibid* (6, 9 et 10 mars 2006) aux pp 463-465, 924, 957, 960, 1016-1018.

¹⁵² *British North America Act, 1867* (R-U), 1867, 30 & 31 Vict c 3, art 92(1).

¹⁵³ *Official Language Act*, SM 1890, c 14.

¹⁵⁴ *Procureur général du Manitoba c Forest*, [1979] 2 RCS 1032 à la p 1033 [*Forest*].

¹⁵⁵ *Acte de l'Alberta*, *supra* note 32, art 16.

¹⁵⁶ Procès (10 mars 2006), *supra* note 13 aux pp 1067-1071, 1085.

¹⁵⁷ *British North America Act, 1871* (R-U), 1871, 34 & 35 Vict. c 28, art 6.

¹⁵⁸ *Forest*, *supra* note 154 à la p 1033.

¹⁵⁹ Procès (6 mars 2006), *supra* note 13 aux pp 460-463.

D'après le professeur Aunger, la Province de l'Alberta n'était pas habilitée à supprimer l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*. Par conséquent, la *Loi linguistique* de l'Alberta n'était ni valide ni constitutionnelle.

VI – La réfutation

En réponse à l'avis de contestation constitutionnelle déposé par le défendeur, la procureure de la Couronne rappelait au juge Wenden que la Cour suprême du Canada avait déjà tranché la question de l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*, et qu'en tant que juge de la Cour provinciale, il était « lié » par cette décision et « tenu » de la respecter¹⁶⁰. En effet, dans la cause *Mercure* en 1988, le juge La Forest avait conclu au nom de la majorité que l'article 110 n'était pas enchâssé dans la Constitution du Canada et, par conséquent, que la province était habilitée à l'abroger.

L'appelant a adopté le point de vue selon lequel l'art. 110 ne peut être abrogé que par une modification de la Constitution du Canada apportée en vertu de l'art. 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, c'est-à-dire par voie de résolutions du Parlement du Canada et de l'assemblée législative de la province concernée. Je ne crois pas que cet argument puisse tenir devant les termes exprès de l'art. 14 et du par. 16(1) de la *Loi sur la Saskatchewan* qui prévoit clairement que les lois dont l'existence est maintenue aux termes de la Loi peuvent être abrogées par le législateur compétent. Non seulement la législature provinciale est-elle habilitée à légiférer relativement à la procédure devant les tribunaux aux termes du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais encore elle a le pouvoir en vertu de l'art. 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982* de modifier la constitution de la province¹⁶¹.

La procureure de la Couronne rappelait également qu'en déposant son avis de contestation constitutionnelle, Gilles Caron assumait le fardeau de la preuve. Les rôles traditionnels étaient donc inversés : « l'accusée constitutionnelle est l'Alberta et il appartient à monsieur Caron de prouver sa contestation »¹⁶². Plus spécifiquement, il incombait à Caron de prouver à l'évidence que les lois albertaines, dont la *Loi linguistique* et la *Traffic Safety Act*, étaient inconstitutionnelles. (Devant cet argument, le juge Wenden faisait savoir à la procureure de la Couronne qu'il ne voulait pas entendre parler d'une « accusée constitutionnelle »¹⁶³.)

Elle ajoutait que pour l'appuyer dans sa tâche, Caron avait eu recours aux témoignages de deux experts, Edmund Aunger et Claude Denis. « Suite à cela, la Couronne avait son tour à faire témoigner ses témoins experts dans le but, justement, de

¹⁶⁰ *Ibid* (1 mars 2006) à la p 11.

¹⁶¹ *Mercure*, *supra* note 33 à la p 271.

¹⁶² Procès (7 novembre 2006), *supra* note 13 à la p 3565.

¹⁶³ *Ibid* (8 novembre 2006) à la p 3642. « Il n'y a pas d'accusée constitutionnelle. Vous êtes la procureure de la Couronne. Ceci, c'est un procès quasi criminel. On ne va pas changer les règles du jeu pour ça. Et je ne veux pas " l'accusée constitutionnelle ", c'est Alberta ».

répondre à la théorie soumise à la fois par le docteur Auger ainsi que la théorie soumise par le docteur Denis »¹⁶⁴. Sur ce, le juge Wenden faisait remarquer que la procureure de la Couronne aurait pu inviter ses témoins à présenter une théorie alternative. Elle avait cependant choisi de faire critiquer la preuve présentée, et ce dans le but de convaincre la cour que « [l]e témoignage de monsieur Caron n'est pas vrai »¹⁶⁵. Il notait plus tard dans sa décision : « [c]e que l'Alberta a fait consiste à identifier, selon ses experts, des aspects clés du témoignage des experts de la défense, c'est-à-dire ces aspects qui, pris ensemble, constituent la théorie de l'accusé, et à présenter des éléments de preuve qui affaibliraient la force probante de ces témoignages clés »¹⁶⁶.

A - La protection de la minorité francophone

Fondateur de la sociolinguistique moderne, Joshua Fishman, professeur émérite en sciences sociales à la Yeshiva University de New York, est l'auteur de plus de 1 200 publications¹⁶⁷ dans les domaines de « methodology, language maintenance, language planning, status of language »¹⁶⁸. En 1988, dans l'affaire *Ford*, la Cour suprême du Canada l'avait décrit comme « une des sommités en matière linguistique » et repris ses propos pour souligner le rapport intime entre la langue, le message et l'identité :

[L]a langue n'est pas uniquement un *moyen* de communication interpersonnelle et un moyen de rayonnement. Ce n'est pas seulement le *véhicule* d'un message latent ou manifeste. La langue *est* elle-même un message, un référent pour les loyautés et les animosités, un indicateur du statut social et des relations interpersonnelles, une manière de délimiter situations et sujets ainsi que les buts visés par la société et les immenses champs d'interrelation, tous chargés de valeurs, qui caractérisent chaque communauté linguistique¹⁶⁹.

Depuis, nombre de juristes avait repris cette citation, y compris l'avocat de la défense M^e Baudais, pour mettre en évidence l'importance fondamentale des droits linguistiques¹⁷⁰.

¹⁶⁴ *Ibid* (26 février 2007) à la p 4800.

¹⁶⁵ *Ibid* à la p 4814.

¹⁶⁶ *Caron*, *supra* note 1 au para 74.

¹⁶⁷ La procureure de la Couronne a déposé 22 de ses publications comme une seule pièce justificative. Voir par exemple Joshua A Fishman, *Reversing Language Shift: Theoretical and Empirical Foundations of Assistance to Threatened Languages*, Clevedon (R-U), Multilingual Matters, 1991; Joshua A Fishman, dir, *Can Threatened Languages be Saved? Reversing Language Shift Revisited: A 21st Century Perspective*, Clevedon (R-U), Multilingual Matters, 2001.

¹⁶⁸ *Proceedings* (15 novembre 2006), *supra* note 42 à la p 102.

¹⁶⁹ *Ford c Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 712 au para 42. Comparer Joshua A. Fishman, *The Sociology of Language: An Interdisciplinary Social Science Approach to Language in Society*, Rowley (Mass), Newbury House Publishers, 1972 à la p 4. « [L]anguage is not merely a *means* of interpersonal communication and influence. It is not merely a *carrier* of content, whether latent or manifest. Language itself *is* content, a reference for loyalties and animosities, an indicator of social statuses and personal relationships, a marker of situations and topics as well as of the societal goals and the large-scale value-laden arenas of interaction that typify every speech community. »

¹⁷⁰ *Procès* (1 mars 2006), *supra* note 13 à la p 9.

Appelé à la barre, le professeur Fishman témoignait qu'aucune preuve n'existait que la décision de l'Alberta de publier ses lois et règlements uniquement en anglais ait eu une incidence quelconque sur la vitalité de la minorité francophone ou de la langue française dans la province¹⁷¹. De plus, malgré ses assertions répétées, le témoin expert Claude Denis, n'avait pas démontré que la suppression des droits linguistiques pendant un siècle avait eu la moindre influence sur la vie francophone en Alberta¹⁷².

En attribuant à la communauté franco-albertaine un caractère uniforme et homogène, Denis n'avait pas tenu compte, selon Fishman, que le comportement linguistique puisse varier d'une personne à l'autre, d'un moment à l'autre et d'un endroit à l'autre : « [a]ny analysis that does not focus on human variance but only on human central tendency is overlooking more of the data and, therefore, misinterpreting it »¹⁷³. En se concentrant sur une seule variable indépendante, Denis n'avait pas évalué ni mesuré une foule de facteurs qui peuvent contribuer à la vie francophone et à sa vitalité : « [t]he approach to explaining human behavior in terms of one or another force majeure suffers from the fact that it does not provide any quantification of the forces that are posited »¹⁷⁴. Enfin, en spéculant sur d'autres variables potentielles, sans les expliquer ni les pondérer, Denis avait fini au bout du compte par contredire sa thèse de base et par semer la confusion : « when multiple causality is charged then good sociolinguistic research practice is to be able to present these influences in the order of their independent contributions to explaining variation in the dependent variable (singly and in combination) »¹⁷⁵.

Ce serait une erreur, selon Fishman, de prétendre que la poursuite d'une politique de promotion plutôt que de répression aurait eu des effets substantiellement différents sur la population franco-albertaine et sur l'utilisation de la langue française¹⁷⁶. Le gouvernement d'Irlande, par exemple, avait déployé sans grand succès des efforts importants pour promouvoir la langue irlandaise : « [t]he constant efforts to fortify Irish in the Republic of Ireland, nearly a 100 years old by now, are an example of how the best intended governmental efforts can fail and that the entire approach of leaving such sensitive matters up to governmental initiatives are themselves problematic rather than salutary »¹⁷⁷. De son côté, en adoptant une *Charte de la langue française* le gouvernement du Québec avait suscité des sentiments anti francophones et causé de grands inconvénients à la population non francophone; aucune évidence ne portait à croire pour autant que cette politique avait fait avancer le français : « there are many people in Quebec that doubt that French is any better off now than it was then »¹⁷⁸. En fait, selon les circonstances, une politique de promotion pouvait avoir des effets inverses sur la population visée : « [s]ome types of State-support are worse than opposition or

¹⁷¹ *Ibid* (13 mars 2007) aux pp 5444-5445, 5480.

¹⁷² Joshua A. Fishman, Sommaire du témoignage expert, *R c Caron* (14 novembre 2006) au para 18 [Fishman, Sommaire].

¹⁷³ *Ibid* au para 9.

¹⁷⁴ *Ibid* au para 31.

¹⁷⁵ *Ibid* au para 37.

¹⁷⁶ *Ibid* aux para 25, 28.

¹⁷⁷ *Ibid* au para 28.

¹⁷⁸ Procès (14 mars 2007), *supra* note 13 à la p 5719.

indifference, analyses of such types of contra-indicated support having been reviewed by researchers of efforts among Soviet minorities and among Scandinavian authorities »¹⁷⁹.

Il serait tout aussi présomptueux, selon Fishman, de proposer que la publication des lois exclusivement en anglais puisse avoir eu un effet négatif sur la vitalité de la langue française, même lorsque ces lois imposaient l'utilisation de l'anglais. Une telle suggestion exagérerait l'importance des lois écrites par rapport aux normes non écrites : « much of the regulation of daily life is purely based on custom or *lex inscripta* (unwritten law) »¹⁸⁰. Aux États-Unis, par exemple, aucune loi fédérale ne désignait l'anglais comme langue officielle; l'anglais n'en était pas moins la seule langue de la législation.

Further along this line: most citizens have no knowledge of the stated provisions of most laws governing their daily lives or of the unwritten norms or conventions which most of them observe with remarkable conformity. The basic lesson to be learnt here is that the wording of laws, the legislative adoption of laws, the lay knowledge of laws, the authoritative enforcement of laws and the popular observance of laws are often five different matters and are rarely to be intuitively grasped one from the other¹⁸¹.

Même lorsque les lois albertaines avaient explicitement imposé l'utilisation de la langue anglaise, elles n'avaient pas forcément prohibé la langue française. « A requirement to read and write English is not tantamount to a requirement to forego French »¹⁸². Par ailleurs, une telle prescription visait seulement la langue, généralement écrite, de la procédure commune et des relations formalisées. Elle ne touchait pas la langue principalement parlée de la vie quotidienne et des relations privées qui, pourtant, forment en elles-mêmes le noyau dur de la vitalité linguistique. « In all studies of which I am aware, the interactions of individuals engaged in “private relationships with one another”, particularly in the family sphere, have proved to be most resistant to regulation¹⁸³. »

Enfin, selon Fishman, un grand nombre de facteurs largement indépendants du contrôle gouvernemental, mais fortement marqués par les forces économiques, influent sur la vitalité linguistique d'une communauté minoritaire. L'anglais est la langue du marché, auquel ne résistent pas les langues minoritaires¹⁸⁴. « Nor have minority-language schools often been able to withstand or reverse the general economic directions of general society, regardless of the plentiful availability of all forms and public documents (court records, etc.) that may have been prepared in order to meet “historical obligations” on behalf of minorities¹⁸⁵. »

¹⁷⁹ Fishman, Sommaire, *supra* note 172 au para 24.

¹⁸⁰ *Ibid* au para 26.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² *Ibid* au para 7.

¹⁸³ *Ibid* au para 13.

¹⁸⁴ Procès (14 mars 2007), *supra* note 13 aux pp 5599-5601.

¹⁸⁵ Fishman, Sommaire, *supra* note 172 au para 30.

Robert A. Stebbins, professeur émérite de sociologie à la University of Calgary est l'auteur de deux livres sur les francophones en milieu minoritaire, leur style de vie et leur développement linguistique¹⁸⁶. Selon lui, suggérer que la politique du gouvernement de l'Alberta de non-respect des droits linguistiques avait eu des conséquences négatives pour la communauté francophone de la province était une proposition « untenable » et « false »¹⁸⁷. « No research evidence exists to support such highly abstract propositions about State influence on individual behavior in everyday life¹⁸⁸. » En fait, les observations empiriques démentiraient une telle proposition. « The research shows that Alberta has many vital, active, developing francophone communities, notwithstanding the provincial legislation of the past, which Professor Denis claimed has undermined this vitality¹⁸⁹. »

Selon Stebbins, les francophones de nombreuses communautés en Alberta utilisent la langue française dans quatre domaines centraux de la vie quotidienne : la famille, les loisirs, l'éducation et la religion. Ils emploient la langue anglaise dans d'autres domaines : le commerce, le travail, la santé et la politique.

Being largely confined, linguistically, to the four core institutional areas is far less serious than claimed by Professor Denis, for it fails to signal for these communities either terminal sociocultural decline or low ethnolinguistic vitality. By sociocultural decline I mean either dilution or disappearance of such aspects of culture as shared language, history, beliefs, and everyday patterns of behaviour¹⁹⁰.

De plus, de multiples forces positives appuient et renforcent la minorité francophone en Alberta, en particulier, « the federal State has had and continues to have a demonstrable, positive effect at the community level »¹⁹¹.

B - La constitutionnalisation de la langue française

Kenneth J. Munro, professeur en histoire à la University of Alberta, est spécialiste de l'histoire politique « des Canadiens de langue française au Québec et à l'Ouest canadien »¹⁹² et auteur d'un article précurseur sur les langues officielles en Alberta¹⁹³. Selon Munro, le professeur Auger n'avait ni fait de nouvelles recherches, ni découvert

¹⁸⁶ Ces deux livres étaient déposés en cour : Robert A. Stebbins, *The Franco-Calgarians: French Language, Leisure and Linguistic Lifestyle in an Anglophone City*, Toronto, University of Toronto Press, 1994; Robert A. Stebbins, *The French Enigma: Survival and Development in Canada's Francophone Societies*, Calgary, Detselig Enterprises, 2000.

¹⁸⁷ Robert A. Stebbins, Sommaire du témoignage expert, *R c Caron* (5 mars 2007) au para 2.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ *Ibid* au para 6.

¹⁹¹ *Ibid* au para 7.

¹⁹² Procès (23 octobre 2006), *supra* note 13 à la p 2171.

¹⁹³ Cet article était déposé en cour : Kenneth J. Munro, « Official Bilingualism in Alberta » (1987) 12 *Prairie Forum* 37.

de nouveaux faits, mais il en avait proposé une nouvelle interprétation, particulière et erronée, que n'accepterait aucun historien de l'Ouest canadien¹⁹⁴.

De la capitulation du Québec en 1760, jusqu'à la confédération du Canada en 1867, aucun document constitutionnel n'avait reconnu le statut officiel du français dans les territoires britanniques de l'Amérique du Nord¹⁹⁵. Ni le *Traité de Paris* en 1763, ni l'*Acte de Québec* en 1774 n'avaient garanti l'usage de la langue française. Lorsque les Britanniques ont scindé leur colonie en deux, pour créer le Haut-Canada et le Bas-Canada, ils n'en ont pas modifié le régime linguistique. « Cela veut dire que même dans l'*Acte constitutionnel de 1791* la langue française n'a pas eu de statut légal au Canada¹⁹⁶. » De fait, d'après le professeur Munro, l'*Acte d'Union*, adoptée en 1840, était le premier document constitutionnel à mentionner la question de la langue en interdisant « l'usage du français à l'Assemblée législative »¹⁹⁷. « En 1867, pour la première fois dans l'histoire du Canada après la cession du Canada par la France, la langue française a reçu un statut officiel au Canada et au Québec en vertu de l'article 133 de l'Acte de l'ANB dans les deux chambres et les tribunaux des deux juridictions¹⁹⁸. »

Comme l'expliquait le juriste Claude-Armand Sheppard, pendant deux siècles, de 1670 à 1870, l'anglais était « the official language in all territories controlled by the Hudson's Bay Company »¹⁹⁹. Ces vastes territoires comprenaient la Terre de Rupert et son District d'Assiniboia auxquels, après 1821, avait été ajoutée la région voisine appelée le Territoire du Nord-Ouest. Selon Munro, que l'anglais soit la seule langue officielle n'a rien de surprenant « car les dirigeants de la Compagnie étaient anglophones »²⁰⁰. Le conseil suprême de la Compagnie de la Baie d'Hudson, mené par un gouverneur et un vice-gouverneur, siégeait à Londres en Angleterre. Ce conseil nommait divers fonctionnaires pour diriger la Terre de Rupert : en premier lieu un gouverneur en chef pour l'ensemble des territoires, ainsi qu'un facteur principal, des commerçants et des commis dans chaque poste. « Tous ces hommes étaient britanniques ou anglo-canadiens²⁰¹. » Par conséquent, « toutes les décisions de la compagnie, tous les travaux des hauts fonctionnaires se trouvent définitivement en anglais parce que tous les gens étaient des gens qui parlent anglais seulement »²⁰².

À compter de 1850, la Compagnie de la Baie d'Hudson avait autorisé l'usage du français par le Conseil d'Assiniboia et la Cour générale dans le District d'Assiniboia, le principal lieu de colonisation et de gouvernement civil, sans toutefois accorder à cette langue un statut officiel²⁰³.

¹⁹⁴ Procès (23 novembre 2006), *supra* note 13 aux pp 3932-3935, 3975.

¹⁹⁵ Kenneth J. Munro, Sommaire du témoignage expert, *R c Caron* (23 octobre 2006) au para 6 [Munro, Sommaire].

¹⁹⁶ *Ibid* au para 37.

¹⁹⁷ *Ibid* au para 38.

¹⁹⁸ *Ibid* au para 39.

¹⁹⁹ *Ibid* au para 40.

²⁰⁰ *Ibid* au para 41.

²⁰¹ *Ibid*.

²⁰² Procès (6 novembre 2006), *supra* note 13 à la p 3405.

²⁰³ *Ibid* (24 octobre 2006) à la p 2272.

En 1869, au moment où le Canada préparait l'annexion de la Terre de Rupert et des Territoires du Nord-Ouest, ni le Conseil du Département du nord de la Compagnie, ni le conseil d'Assiniboia ne comptaient deux langues officielles. Cependant, en 1869 le conseil d'Assiniboia permettait l'usage courant de deux langues, l'anglais et le français. Ce conseil promulguait des lois et règlements et offrait *quelques services* dans ces deux langues. Et, de temps en temps, la Cour générale et les quatre Cours de district utilisaient l'anglais et le français²⁰⁴.

Mais l'emploi du français restait un privilège plutôt qu'un droit, une pratique plutôt qu'un principe, et n'était accepté par la Compagnie que pour faciliter son contrôle sur la colonie²⁰⁵.

En vue de renforcer son désaccord avec Aunger, le professeur Munro réitérait que ce bilinguisme pratique n'existait que « pour le District d'Assiniboia seulement et pas pour tout l'Ouest canadien, ci-inclus la Terre de Rupert et les Territoires du Nord-Ouest »²⁰⁶, car « [l']administration de ce district » – notamment le gouverneur et le Conseil d'Assiniboia – « n'a pas de compétence en dehors de ce district »²⁰⁷. De plus, le District d'Assiniboia ne couvrait que le tout petit territoire occupé par la colonie de la Rivière-Rouge : « le District d'Assiniboia et la Rivière Rouge se réfèrent vraiment à cette région qui a 50 milles carrés avec le centre où la Rivière Assiniboia et la Rivière Rouge se croisent »²⁰⁸.

De la même manière, la convention qui s'était réunie à Fort Garry en 1870 ne représentait que la colonie de la Rivière Rouge, non pas les vastes territoires de la Terre de Rupert. « La convention du District d'Assiniboia était un groupe d'habitants de ce district qui se sont réunis pour rédiger des requêtes pour la considération du gouvernement canadien²⁰⁹. » Les membres de cette convention venaient uniquement des paroisses de la Rivière-Rouge. « Les missions anglaises de Prince Albert, White Fish Lake et Victoria et les missions françaises de Saint-Albert, Lac la Biche et Lac Sainte-Anne n'étaient pas représentées à cette convention²¹⁰. » « En dépit du fait que Riel et ses compatriotes ont fait alterner le mot “la Rivière-Rouge” avec les mots “la Terre de Rupert” ou des “Territoires du Nord-Ouest”, même les membres du gouvernement provisoire savaient qu'ils ne représentaient que la population de la Rivière-Rouge²¹¹. » De fait, Louis Riel « a admis que son gouvernement avait travaillé pour la population de la Rivière Rouge, et non pas pour les gens du reste de la Terre de Rupert et du Nord-

²⁰⁴ Munro, Sommaire, *supra* note 195 au para 59.

²⁰⁵ Procès (24 octobre 2006), *supra* note 13 à la p 2317; Munro, Sommaire, *supra* note 195 au para 56.

²⁰⁶ Procès (24 octobre 2006), *supra* note 13 à la p 2272.

²⁰⁷ *Ibid* (25 octobre 2006) à la p 2468.

²⁰⁸ *Ibid* à la p 2312.

²⁰⁹ *Ibid* (26 octobre 2006) à la p 2579.

²¹⁰ Munro, Sommaire, *supra* note 195 au para 62.

²¹¹ *Ibid* au para 90.

Ouest »²¹². Il ajoutait : « le professeur Auger minimise le rôle de Louis Riel dans cette partie de notre histoire »²¹³.

Selon l'interprétation du professeur Monroe, cette convention n'avait pas prévu des conditions d'admission à la Confédération canadienne, et elle n'avait pas conclu un pacte entre francophones et anglophones. Premièrement, la colonie de la Rivière Rouge n'étant pas dotée d'un gouvernement responsable, elle n'avait aucun rôle à jouer dans les négociations. Les parties impliquées avaient déjà déterminé les conditions d'admission, et au mieux, la convention ne pouvait qu'adresser une pétition au gouvernement canadien afin de lui soumettre ses requêtes.

Les négociations pour l'entrée de la Terre de Rupert et des Territoires du Nord-Ouest dans la confédération canadienne avaient été déjà conclues en 1869 entre la Compagnie, le gouvernement de la Grande-Bretagne et le gouvernement du Canada. Parce que la Rivière-Rouge fait partie de ce territoire, elle allait entrer dans la confédération selon les termes de ces négociations²¹⁴.

Deuxièmement, « [à] la Rivière-Rouge elle-même, il n'y a pas d'entente entre les gens qui parlaient anglais et ceux qui parlaient français »²¹⁵. Les communautés linguistiques n'étaient pas homogènes; au contraire, elles étaient très divisées et les membres de la convention visaient les intérêts de l'ensemble de cette colonie.

Dans ses communications avec les habitants et leurs représentants, le gouvernement du Canada savait très bien qu'il ne faisait affaire qu'avec la colonie de la Rivière Rouge. Le professeur Auger s'était appuyé sur la Proclamation royale de 1869 pour prétendre que le Canada avait garanti la protection de droits déjà existants dans la Terre de Rupert²¹⁶, mais « [c]ette proclamation était adressée à ceux qui étaient en révolte à la Rivière-Rouge et non pas à la population en générale de la Terre de Rupert et des Territoires du Nord-Ouest »²¹⁷. De plus, la proclamation n'avait pas comme but la protection de droits linguistiques, mais simplement le maintien de la paix dans la Rivière-Rouge, en promettant l'amnistie à ceux qui déposeraient leurs armes²¹⁸. De nos jours, les historiens de l'Ouest seraient tous d'accord avec la déclaration de Wilfrid Laurier en 1905 à la Chambre des communes : « The delegates who came to Ottawa, in my judgment ... did not represent the whole people of Rupert's Land. They represented simply a portion of the people of Rupert's Land They represented only the people of the Red River valley.... »²¹⁹.

²¹² *Ibid* au para 68.

²¹³ Procès (24 octobre 2006), *supra* note 13 à la p 2278.

²¹⁴ Munro, Sommaire, *supra* note 195 au para 86.

²¹⁵ *Ibid* au para 83.

²¹⁶ Procès (26 octobre 2006), *supra* note 13 aux pp 2593-2594.

²¹⁷ Munro, Sommaire, *supra* note 195 au para 69.

²¹⁸ Procès (26 octobre 2006), *supra* note 13 aux pp 2593-2594.

²¹⁹ Munro, Sommaire, *supra* note 195 au para 86. Voir également au para 88.

Le gouvernement du Canada n'avait pas conclu d'entente avec les délégués de la Rivière Rouge. Il avait écouté les délégués, bien entendu, mais il avait par la suite imposé sa propre décision. « En fin de compte le premier ministre et George-Étienne Cartier ont dicté de quelle manière la Terre de Rupert et les Territoires du Nord-Ouest entreraient dans la confédération canadienne²²⁰. » En décidant de créer deux entités séparées, une province et un territoire, Macdonald et Cartier avaient également déterminé que seule la province serait officiellement bilingue.

La division entre la province du Manitoba et les Territoires du Nord-Ouest est importante car le gouvernement canadien savait très bien qu'en accordant les droits de la langue française à la population de la petite province du Manitoba, il n'accordait pas ces mêmes droits à ceux qui habitaient les Territoires du Nord-Ouest ni au reste de la Terre de Rupert²²¹.

Le premier ministre Wilfrid Laurier le confirmerait à nouveau un demi-siècle plus tard, lors de la fondation de la province de l'Alberta : « it is useless to say that the French language has been introduced into the Northwest, Rupert's Land, Mackenzie and Saskatchewan »²²².

Le Canada a muni la Province du Manitoba et les Territoires du Nord-Ouest de constitutions séparées et d'institutions distinctes, et l'interprétation que donnait le professeur Aunger, voulant que la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ait également inspiré la constitution des Territoires du Nord-Ouest, était « erronée »²²³.

La *Loi de 1870 sur le Manitoba* instaure une constitution pour la province du Manitoba. Par contre, l'Acte concernant le gouvernement provisoire de la Terre de Rupert et du territoire du Nord-Ouest après que ces territoires auront été unis au Canada demeure la constitution des autres régions de l'ancienne Terre de Rupert et des Territoires du Nord-Ouest, maintenant dénommée « les Territoires du Nord-Ouest »²²⁴.

Chaque entité politique disposait d'une administration distincte, y compris un bureau de lieutenant-gouverneur²²⁵. Le Manitoba comptait deux chambres législatives et les Territoires du Nord-Ouest un seul conseil. Bien sûr, la constitution manitobaine comprenait l'article 23 reconnaissant le bilinguisme officiel, mais la constitution territoriale ne contenait aucune disposition en matière de langue.

En 1877, sur proposition du sénateur Marc Girard, le parlement canadien avait adopté, pour la première fois, une disposition législative qui reconnaissait le bilinguisme officiel dans les Territoires du Nord-Ouest. Lors des débats parlementaires, « il n'y avait

²²⁰ *Ibid* au para 72.

²²¹ *Ibid* au para 23.

²²² *Ibid* au para 87.

²²³ *Ibid* au para 33h.

²²⁴ *Ibid* au para 25.

²²⁵ *Ibid* au para 93.

pas de mention de droits inhérents ni de droits fondamentaux »; les sénateurs voulaient simplement qu'une traduction des ordonnances soit « fournie aux Canadiens de langue française »²²⁶. De fait, « le gouvernement était furieux avec le sénateur Girard », et comme expliquait le ministre David Mills, « [t]hey had thought this was a matter which had better be left to the Council in question »²²⁷.

Il n'y a pas de lien, tel que suggéré par le professeur Auger, entre les points de revendication des habitants de la Rivière Rouge et l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*. Autrement dit, l'article 110 n'est pas la reconnaissance d'une revendication en 1870, qui était par la suite enchâssée dans la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, et par la suite, enchâssée dans l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*²²⁸.

En somme, ce bilinguisme officiel n'était pas issu d'une entente constitutionnelle et il ne jouissait pas d'une protection particulière. Après avoir rejeté une première tentative de supprimer l'article 110, « le parlement fédéral en 1891 a donné à l'Assemblée territoriale le droit de modifier sa constitution »²²⁹. Quelques années plus tard, il a conféré le même pouvoir à l'Assemblée législative de l'Alberta. « En 1905, le gouvernement fédéral a créé la province de l'Alberta et lui a accordé le droit de modifier sa constitution par rapport à la langue²³⁰. »

VII – La contre-réfutation

Normalement, selon le juge Wenden, la cause Caron aurait dû se terminer à l'étape de la réfutation : « ce serait la preuve de la Couronne, la preuve de l'accusé, la contre-preuve de la Couronne et fini »²³¹. Toutefois, comme il le déclarait quelques mois plus tard, « s'il y a quelque chose qui marque ce procès, ce n'est pas une affaire normale »²³². La procédure habituelle avait été déroutée le 15 mars 2006, lorsque la Cour avait accordé un ajournement à la Couronne jusqu'au 23 octobre 2006 pour lui permettre de préparer la réfutation suite à la présentation de la preuve par l'accusé. Selon M^e Rupert Baudais, avocat de la défense, le procès souffrait déjà d'une inégalité : « cette inégalité devient encore plus déséquilibrée lorsque l'État, le ministère public, a reçu toute la preuve que l'accusé a mise de l'avant pour sa défense et maintenant le ministère public jouit d'une période de sept mois pour embaucher des experts avec toutes les ressources de l'État, pour attaquer en détail la preuve de l'accusé »²³³. En conséquence, la défense revendiquait le droit de présenter en contre-réfutation d'autres témoins experts pour répondre directement aux nouveaux éléments soulevés par la Couronne qui, tout en étant largement imprévisibles, portaient selon Baudais sur les fonds de l'affaire.

²²⁶ *Ibid* au para 111.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ *Ibid* au para 33f.

²²⁹ *Ibid* au para 31.

²³⁰ *Ibid* au para 32.

²³¹ Procès (7 novembre 2006), *supra* note 13 à la p 3614.

²³² *Ibid* (26 février 2007) à la p 4796.

²³³ *Ibid* (3 avril 2006) à la p 1732.

La procureure de la Couronne, Theresa Haykowski, s'était opposée à cette requête en s'efforçant de faire valoir que le défendeur avait déjà terminé la présentation de sa preuve, c'est-à-dire « that he called his case »²³⁴, qu'il lui appartenait de produire et d'inclure tous les éléments pertinents et essentiels. Elle déclarait avoir droit à une preuve complète dès le début, afin de préparer sa réfutation, et citait à l'appui la cause *Krause* :

Cette règle empêche les surprises injustes, les préjudices et la confusion qui pourraient résulter si le ministère public ou le demandeur était autorisé à scinder sa preuve, c'est-à-dire à présenter une partie de ses éléments de preuve—autant qu'il l'estime nécessaire au départ—pour ensuite terminer la présentation de sa preuve et, après la fin de l'argumentation de la défense, ajouter d'autres éléments de preuve à l'appui de la position présentée au début. La raison d'être de cette règle est que le défendeur ou l'accusé a le droit à la fin de la présentation de la preuve du ministère public de disposer de la preuve complète du ministère public de manière à savoir, dès le début, ce à quoi il doit répondre²³⁵.

Néanmoins, le 16 mars 2007, douze mois après la clôture de la preuve principale, le juge Wenden accueillait la requête du défendeur de faire témoigner quatre experts en contre-réfutation. Il constatait que « [l]a Couronne a disposé de sept mois en vue de construire une réfutation très minutieuse qui répondait point par point à tout ce qui avait été soulevé par Aunger et Denis »²³⁶. Il ajoutait que les sommaires des témoignages maintenant proposés « sont très clairs et visent uniquement des points soulevés par les témoignages des experts de la Couronne »²³⁷. Mais il signalait également que, dans les divers précédents cités, les règles gouvernant la contre-réfutation mettaient des limites sur le ministère public, et ce afin de ne pas désavantager l'accusé.

On ne doit jamais oublier que ce procès est de nature quasi criminelle et que même si la défense implique la constitutionnalité de la loi linguistique, cela ne constitue pas une raison de modifier les règles selon lesquelles se déroule habituellement un procès, à savoir la Couronne présente ses éléments de preuve; la Défense présente les siens; la Couronne, dans les situations le permettant, présente la réfutation; et la Défense présente la contre-réfutation²³⁸.

A - La protection de la minorité francophone

La défense appelait à la barre Rodrigue Landry, directeur général de l'Institut canadien de recherche sur les minorités linguistiques (ICRML), un organisme qui « effectue des recherches fondamentales et appliquées sur les communautés de langue

²³⁴ *Ibid* (15 mars 2006) à la p 1533.

²³⁵ *R c Krause*, [1986] 2 RCS 466 au para 15.

²³⁶ Procès (16 mars 2007), *supra* note 13 aux pp 5775-5776.

²³⁷ *Ibid* à la p 5776.

²³⁸ *Ibid* à la p 5768.

officielle en situation minoritaire »²³⁹. Grand spécialiste de la vitalité ethnolinguistique de la minorité francophone au Canada et auteur de plus d'une centaine de publications à ce sujet, le professeur Landry avait mené des enquêtes dans toutes les provinces canadiennes sur l'impact de la communauté et de l'école dans de nombreux aspects du développement psycholinguistique et du vécu langagier²⁴⁰.

L'avis exprimé par Joshua Fishman, lors de son témoignage, était, selon Landry, « abusivement quantitatif », et ne tenait pas compte de la validité d'autres approches méthodologiques, dont celle adoptée par Denis : l'analyse du discours.

De plus, l'approche proposée par le professeur Fishman n'est pas appropriée pour comprendre une situation spécifique comme celle de l'Alberta. Elle permet d'étudier la relation entre des variables pour un grand nombre de situations (par exemple dans plusieurs pays). Les résultats des analyses ne disent rien sur les situations particulières étudiées²⁴¹.

Dans ses propres recherches, Fishman avait souvent utilisé comme données des variables codées à partir d'observations et de jugements d'experts, et pourtant il ne voulait pas reconnaître le jugement du professeur Denis. « Des jugements d'experts, même si analysés quantitativement, demeurent des jugements d'experts²⁴². »

Selon le professeur Landry, la critique faite par Fishman était également affaiblie par son manque de connaissance du contexte linguistique au Canada, notamment en Alberta, de même que par son ignorance des recherches effectuées au Canada, surtout celles publiées en français. Fishman avait été injuste quand il accusait Denis de ne pas avoir présenté certaines informations qui, pour les Canadiens, sont assez banales : « [i]l lui reproche de ne pas préciser certains faits ou d'expliquer certains contextes qui sont tellement bien connus au Canada que l'on peut comprendre que le professeur Denis ne s'attarde pas à le faire »²⁴³. Fishman avait insisté, par exemple, sur l'importance d'étudier les variances linguistiques au sein de la population minoritaire : « [p]ourtant, il devrait savoir que de nombreuses études et les résultats de Statistique Canada sont unanimes à montrer l'anglodominance du vécu langagier des Franco-Albertains. Certes, il y a variation, mais une tendance lourde est évidente »²⁴⁴. Enfin, « c'est la réalité canadienne qui est en question dans ce procès et la recherche sur cette réalité devrait être connue par tout expert qui veut y jeter un regard critique »²⁴⁵.

Quant à Robert Stebbins, son témoignage était caractérisé, selon Landry, par des incohérences d'interprétation : « [d]e plus, le professeur Stebbins pêche par omission, en

²³⁹ Rodrigue Landry, Sommaire du témoignage expert, *R c Caron* (4 juin 2007) au para 1 [Landry, Sommaire].

²⁴⁰ *Ibid* au para 4.

²⁴¹ *Ibid* au para 10.

²⁴² *Ibid*.

²⁴³ *Ibid* au para 11.

²⁴⁴ *Ibid* au para 12.

²⁴⁵ *Ibid* au para 13.

ne citant pas dans les sources consultées les données qui contredisent sa position »²⁴⁶. Par exemple, il avait utilisé des données de Statistique Canada pour appuyer sa conclusion que la population francophone en Alberta jouissait d'une vitalité considérable. « Il omet de citer le taux d'assimilation des Franco-Albertains qui est de 68 %, un taux nettement supérieur à la moyenne des francophones hors Québec qui est de 38 % »²⁴⁷. Il prétendait également qu'en apprenant l'anglais les Franco-Albertains ne perdaient pas leur compétence en français et par conséquent, que « le bilinguisme additif est dominant chez les francophones »²⁴⁸. « Si le bilinguisme additif est dominant en Alberta, comment expliquer que seulement 25 % des parents francophones transmettent le français comme langue maternelle à leur enfant²⁴⁹? » En somme, Stebbins avait regardé une situation précaire avec des lunettes roses : « dire que la vitalité ethnolinguistique des Franco-Albertains est forte en négligeant de rapporter les nombreux indices de vitalité décroissante, c'est un peu comme dire qu'un écrasement d'avion n'a pas eu lieu parce qu'une partie des passagers a survécu »²⁵⁰.

Dans ses études de jeunes francophones en milieu minoritaire, déposées en cour comme pièces justificatives, le professeur Landry avait déjà démontré de manière conclusive, par des analyses statistiques multivariées, que les gouvernements pouvaient avoir un impact crucial sur la vitalité linguistique d'une minorité²⁵¹. La politique linguistique d'un gouvernement influait de façon significative sur les perceptions de la langue française, son importance, son statut et sa légitimité. Ces perceptions, à leur tour, concouraient au désir de s'intégrer ou non à la communauté francophone. « Lorsque les membres d'un groupe minoritaire perçoivent leur langue comme non légitime dans la société ou sur "le marché des langues", ils ont tendance à s'autodénigrer et à viser l'intégration du groupe dominant²⁵². » La volonté de maintenir ses attaches avec la communauté francophone correspond grandement à la fréquence de l'usage de la langue française²⁵³.

Les vécus langagiers dans les domaines publics sont les vécus les plus fortement associés à la vitalité ethnolinguistique subjective, c'est-à-dire les perceptions du statut de la langue dans la société. Cette vitalité subjective est à son tour associée au désir de faire partie de la communauté minoritaire. En d'autres mots, les personnes qui perçoivent que leur langue n'a pas de statut important dans la société désirent moins faire partie de leur communauté et ont tendance à moins faire usage de leur langue²⁵⁴.

²⁴⁶ *Ibid* au para 15.

²⁴⁷ *Ibid* au para 16.

²⁴⁸ *Ibid* au para 22.

²⁴⁹ *Ibid*.

²⁵⁰ *Ibid* au para 25.

²⁵¹ Voir surtout Rodrigue Landry, Kenneth Deveau et Réal Allard, « Langue publique et langue privée en milieu ethnolinguistique minoritaire : les relations avec le développement psycholangagier » (2006) 22 *Francophonies d'Amérique* 167.

²⁵² Landry, Sommaire, *supra* note 239 au para 41.

²⁵³ Réal Allard et Rodrigue Landry, « Subjective Ethnolinguistic Vitality: A Comparaison of Two Measures » (1994) 108 *Int'l J Soc Lang* 117.

²⁵⁴ Landry, Sommaire, *supra* note 239 au para 18.

B - La constitutionnalisation de la langue française

Les autres témoins cités à comparaître par la défense devaient s'efforcer d'analyser les faits historiques pour justifier les origines de la constitutionnalisation du bilinguisme.

Selon Juliette Champagne, historienne spécialiste de la présence francophone dans l'Ouest canadien, un grand nombre d'employés de la Compagnie de la Baie d'Hudson (CBH) parlaient le français et devaient s'en servir pour le commerce des fourrures : « contrairement à ce que Munro laisse entendre, le français est aussi la langue du travail, et ce travail se fait en Terre de Rupert, territoire qui, de nos jours, est devenu l'Alberta et la Saskatchewan²⁵⁵. » En 1821, hormis les commis, les maîtres de poste et les interprètes, la majorité des cadres de la CBH, les officiers, les commandants de poste et les agents principaux étaient issus des rangs de la Compagnie du Nord-Ouest qui, elle, recrutait son personnel parmi la population francophone du bassin du Saint-Laurent²⁵⁶. En fait, bon nombre des dirigeants d'origine britannique parlaient également français et « la connaissance du français est une qualification recherchée par les employeurs de la CBH »²⁵⁷.

De plus, étant donné leurs origines communes, leurs liens de parenté, leurs déplacements fréquents et leurs efforts de concertation, les Métis habitant la Terre de Rupert partageaient un fort sentiment de solidarité nationale. Isidore Dumont, par exemple, le père de Gabriel Dumont, second de Louis Riel en 1885, s'était d'abord installé près du fort Edmonton avant de se rendre à la Rivière-Rouge, puis quelques années plus tard dans la région de fort Pitt. « Le cas du grand clan Dumont est typique du déplacement des familles, de leur éparpillement, mais aussi de leurs sens d'appartenance au peuple métis du Nord-Ouest²⁵⁸. » Face à la Compagnie de la Baie d'Hudson largement insensible à leurs besoins, les Métis avaient œuvré ensemble « pour obtenir un traitement juste et équitable »²⁵⁹.

Tout comme ils s'organisaient pour faire la chasse au bison, ils le font aussi pour essayer d'apporter de l'ordre dans leurs communautés lorsque l'autorité du pays n'y peut rien. Il va presque sans dire, que tout cela se fait en français. Nous ne pouvons que conclure que les événements de 1869-70 ne sont que la continuation de la longue tradition des Métis de défendre et de faire reconnaître leurs droits non seulement à la Rivière-Rouge mais partout dans le Nord-Ouest²⁶⁰.

Raymond Huel, professeur émérite d'histoire à la University of Lethbridge, en Alberta, est spécialiste de l'histoire de l'Ouest canadien, dont surtout au sujet des Métis,

²⁵⁵ Juliette Champagne, Sommaire du témoignage expert, *R c Caron* (30 mai 2007) au para 27.

²⁵⁶ *Ibid* aux para 10-11.

²⁵⁷ *Ibid* au para 21.

²⁵⁸ *Ibid* au para 39.

²⁵⁹ *Ibid* au para 52.

²⁶⁰ *Ibid*.

Louis Riel, et les missionnaires oblats, ainsi que l'auteur de quatre livres sur ce sujet²⁶¹. Pour lui, le dispersement des Métis à travers les plaines du Nord-Ouest n'avait pas eu comme effet un sevrage des liens avec la Rivière-Rouge. Ces liens étaient fondés sur des rapports de parenté réelle, préservés par les échanges d'ordre économique et religieux. « La chasse et le commerce nécessitaient des liens avec la Rivière-Rouge et il y avait un va-et-vient constant entre les deux régions. Après 1845, l'arrivée des missionnaires oblats et l'établissement de leurs missions à travers le Nord-Ouest créa un autre lien entre les groupes métis²⁶². » Le fort Garry était le « centre stratégique » de la colonie de la Rivière-Rouge, mais également du Nord-Ouest²⁶³.

Selon le professeur Huel, Louis Riel « connaissait très bien la distinction entre les termes “Rivière-Rouge”, “Nord-Ouest” et “Terre de Rupert”. S'il utilise ces deux derniers termes c'est parce qu'il veut protéger les intérêts de son peuple dispersé sur un grand territoire »²⁶⁴. Louis Riel est en fait « le porte-parole et le protecteur des intérêts de la nation métisse à travers l'Ouest du Canada »²⁶⁵. En dépit des obstacles aux moyens de communication de l'époque, Riel avait fait un effort considérable pour tenir l'ensemble de la nation métisse au courant des actions de son gouvernement provisoire.

En conclusion, je suis convaincu que l'interprétation du professeur Munro au sujet de la portée géographique des mots et actions de Riel et du gouvernement provisoire est trop sévère et même erronée. En 1869-70, Riel fut le chef des Métis et l'esprit dirigeant de la résistance à l'annexion unilatérale de la Terre de Rupert par le gouvernement fédéral. Ses paroles et ses actes avaient pour but de protéger les intérêts de tous ses compatriotes qu'ils soient domiciliés à la Rivière-Rouge ou ailleurs dans le Nord-Ouest²⁶⁶.

Rappelé à la barre des témoins pour répondre aux diverses critiques de son témoignage antérieur par le professeur Munro, Edmund Aunger résumait ce qu'il voyait comme les principaux points de contestation. Premièrement, Munro avait contesté la présence du bilinguisme officiel avant 1867 en aucune région des territoires britanniques de l'Amérique du Nord, que ce soit au Bas-Canada, dans la Terre de Rupert ou la Rivière-Rouge²⁶⁷. Deuxièmement, Munro avait nié l'existence d'une entente quelconque entre francophones et anglophones, ou entre les habitants de la Terre de Rupert et la

²⁶¹ Procès (16 mars 2007), *supra* note 13 aux pp 5781, 5784-5785. Voir Raymond Huel, *L'Association catholique franco-canadienne de la Saskatchewan: un rempart contre l'assimilation culturelle 1912-1934*, Regina (Sask), Publications francosaskoises, 1981; Raymond Huel, *The Collected Writings of Louis Riel/Les écrits complets de Louis Riel, vol. 1, 1861-1875*, Edmonton, University of Alberta Press, 1985; Raymond Huel, *Proclaiming the Gospel to the Indians and the Metis*, Edmonton, University of Alberta Press, 1996; Raymond Huel, *Archbishop A.-A. Taché of St. Boniface: The “Good Fight” and the Illusive Vision*, Edmonton, University of Alberta Press, 2003.

²⁶² Raymond Huel, Sommaire du témoignage expert, *R c Caron* (16 mars 2007) au para 16.

²⁶³ *Ibid* au para 18.

²⁶⁴ *Ibid* au para 23.

²⁶⁵ *Ibid* au para 31.

²⁶⁶ *Ibid* au para 35.

²⁶⁷ Edmund A. Aunger, Sommaire du témoignage expert en contre-preuve, *R c Caron* (22 mai 2007) au para 1 [Aunger, Contre-preuve].

Puissance du Canada, visant à entériner ce bilinguisme officiel dans l'Ouest canadien²⁶⁸. Troisièmement, Munro avait disputé le statut de l'*Acte du Manitoba* comme constitution des Territoires du Nord-Ouest, de même que le rôle joué par les instances manitobaines dans la gouvernance de ces territoires²⁶⁹. Quatrièmement, Munro avait rejeté tout lien entre les revendications des habitants de la Terre de Rupert en 1870 et l'enchâssement du bilinguisme officiel dans l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest* en 1877²⁷⁰. Finalement, Munro avait contredit l'affirmation que ni les Territoires du Nord-Ouest ni la Province de l'Alberta n'étaient habilités à supprimer unilatéralement le droit au bilinguisme officiel²⁷¹.

Selon le professeur Aunger, l'*Acte constitutionnel* de 1791 instituant la province du Bas-Canada et ses institutions politiques, avait clairement reconnu le bilinguisme officiel de la Chambre d'assemblée. En disposant, à l'article 29, que le serment prêté par chaque député serait « administré en langue Anglaise ou Française, comme le cas requiérera », la loi avait explicitement garanti l'usage des deux langues dans l'enceinte parlementaire²⁷². De plus, les députés s'étaient bel et bien exprimés dans l'une ou l'autre de ces deux langues, selon leur choix, et ils avaient fait adopter, proclamer et imprimer les lois en français et en anglais. Ce même bilinguisme officiel se retrouvait au sein des tribunaux, comme le démontrait la Cour du Banc du Roi en 1815, dans la cause *R. v. Talon*, en statuant que « the French language must be received in conducting legal proceedings, it being recognized by the law of the land, and by the practice of the Courts in this Country since the conquest thereof has been in constant use »²⁷³.

Dans la Terre de Rupert, le Conseil d'Assiniboia avait également pratiqué ce bilinguisme officiel en permettant l'usage du français et de l'anglais lors de ses réunions et en promulguant ses lois et règlements dans les deux langues²⁷⁴. La plupart de ces lois s'appliquaient seulement à la Rivière-Rouge, le principal lieu de colonisation, mais certaines, touchant par exemple la distribution de boissons alcoolisées aux Autochtones, s'étendaient très explicitement « beyond the limits of the settlement »²⁷⁵. Sans aucun doute, la présence du gouverneur en chef et du recorder de la Terre de Rupert au sein du Conseil d'Assiniboia avait grandement facilité cette extension de la compétence législative. Parmi les lois s'appliquant à l'ensemble de la Terre de Rupert, les plus importantes étaient celles qui portaient sur l'administration de la justice, comme entre autres, la Cour générale, ses procédures et ses pouvoirs. En 1886, dans la cause *Sinclair v. Mulligan*, la Cour du Banc du Roi du Manitoba en equity devait confirmer que la juridiction territoriale de la Cour générale incluait toutes les terres cédées à la Compagnie de la Baie d'Hudson²⁷⁶. En effet, de 1844 à 1869, la Cour générale avait tranché de nombreuses disputes survenues à l'extérieur de la Rivière-Rouge, sur les routes de

²⁶⁸ *Ibid* au para 2.

²⁶⁹ *Ibid* au para 3.

²⁷⁰ *Ibid* au para 4.

²⁷¹ *Ibid* au para 5.

²⁷² *Ibid* au para 7.

²⁷³ *Ibid* au para 9.

²⁷⁴ *Ibid* au para 13.

²⁷⁵ *Ibid*.

²⁷⁶ *Ibid* au para 10.

Pembina, York Factory, Portage la Loche, Fort Ellice, Norway House, Saint-Paul et Saint-Cloud²⁷⁷. Parmi les plus célèbres se trouvaient trois procès pour meurtres commis à Rivière la Paix (l'affaire *Calder* en 1848), à Pointe des Chênes (l'affaire *Chartrain* en 1861) et à Portage la Prairie (l'affaire *McLean* en 1868)²⁷⁸.

Au nombre des préalables pour occuper le poste de recorder de la Terre de Rupert et de juge en chef de la Cour générale, se trouvait la capacité de s'exprimer « with perfect facility in the French Language »²⁷⁹. Lors de l'affaire *Sayer* en 1849, le premier recorder, Adam Thom, avait provoqué une émeute en refusant d'utiliser le français et la population métisse avait exigé « the conducting of all judicial business through the medium of a judge who would address the Court in the French as well as the English language »²⁸⁰. En réponse, le Conseil d'Assiniboia avait adopté une résolution imposant l'usage des deux langues « in all cases involving either Canadian or Halfbreed interests »²⁸¹. Suite à cet incident, la Compagnie de la Baie d'Hudson avait congédié Thom pour le remplacer par Francis Johnson, un avocat de Montréal formé en France et en Belgique, qui parlait couramment le français et l'anglais. Dorénavant, le recorder présiderait la Cour générale dans les deux langues officielles.

Par ailleurs, le shérif d'Assiniboia utilisait des formulaires bilingues pour la sommation à comparaître et gardait deux listes de jurés, l'une composée de francophones et l'autre d'anglophones²⁸². Il assurait ainsi que les parties en présence avaient accès à un jury composé de locuteurs de la même langue – les parties francophones à un jury francophone, les parties anglophones à un jury anglophone. En 1868, lors du procès d'Alexander McLean, un jeune anglophone accusé du meurtre d'un Métis francophone, le shérif avait fait appel à un jury mixte, composé de six anglophones et six francophones²⁸³. Certains étaient unilingues, mais la coutume voulait que l'interprétation soit faite d'une langue à l'autre²⁸⁴.

En 1886, dans la cause *Sinclair v. Mulligan*, le juge Killam avait également déclaré que les droits existants sous le régime du Conseil d'Assiniboia, en l'occurrence les droits de propriété, avaient cours dans l'ensemble de la Terre de Rupert²⁸⁵. L'année suivante, en confirmant cette décision, la Cour du Banc du Roi en appel avait rappelé qu'en 1867, le parlement canadien s'était engagé à respecter ces droits dans la totalité des territoires annexés : « [t]he address from the Senate and House of Commons of Canada to Her Majesty in 1867, respecting the cession of the North-West Territories to Canada, declared that Canada was ready to provide that the legal rights of any corporation, company or individual within the Territories proposed to be dealt with should be respected »²⁸⁶. La

²⁷⁷ *Ibid* au para 11.

²⁷⁸ *Ibid*.

²⁷⁹ *Ibid* au para 12.

²⁸⁰ *Ibid*.

²⁸¹ *Ibid*.

²⁸² *Ibid* au para 14.

²⁸³ *Ibid*.

²⁸⁴ *Ibid*.

²⁸⁵ *Sinclair v Mulligan*, [1886] Man R 481 (BR) à la p 487-490.

²⁸⁶ *Sinclair v Mulligan* (1887), [1988] Man R 17 (BR) à la p 19.

Reine avait entériné cet engagement dans son décret, intitulé aujourd'hui le *Rupert's Land and North-Western Order* (et, en français, le *Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest*) portant sur l'annexion de ces territoires à la Puissance du Canada²⁸⁷ : « [b]y the Order in Council of 23rd June, 1870, the North-West Territories were, from and after the 15th day of July, 1870, admitted into and became part of the Dominion of Canada, upon the terms and conditions of the address of 1867, which terms and conditions were approved of by Her Majesty »²⁸⁸. Au dire du professeur Aunger, ce décret avait ainsi, par la même occasion, enchâssé dans la Constitution du Canada les droits linguistiques existant alors dans la Terre de Rupert²⁸⁹. La *Loi constitutionnelle de 1982*, alinéa 52(2), dispose en effet que le *Rupert's Land and North-Western Order* fait partie intégrante de la constitution canadienne.

L'article 146 du *British North America Act, 1867*, investissait la Reine du pouvoir d'annexer la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest à la fédération canadienne et d'en approuver les termes et conditions. Le 6 décembre 1869, dans une proclamation royale émise au nom de la Reine Victoria, le gouverneur général du Canada avait communiqué les garanties canadiennes directement aux habitants du Nord-Ouest : « [b]y Her Majesty's Authority I do therefore assure you, that on the union with Canada all your civil and religious rights and privileges will be respected »²⁹⁰. La même journée, le gouverneur général avait également informé le gouverneur d'Assiniboia que « the inhabitants of Rupert's Land of all classes and persuasions, may rest assured that Her Majesty's Government has no intention of interfering with, or setting aside, or allowing others to interfere with or set aside, their religious rights and the franchises which they have hitherto enjoyed »²⁹¹. Le lendemain, le secrétaire d'État pour les provinces, Joseph Howe, avait fait parvenir la proclamation au lieutenant-gouverneur désigné des Territoires du Nord-Ouest.

You will now be in a position, in your communication with the residents of the North-West, to assure them:— 1. That all their civil and religious liberties and privileges will be sacredly respected. 2. That all their properties, rights, and equities of every kind, as enjoyed under the Government of the Hudson's Bay Company, will be continued them²⁹².

Tous ses engagements, selon Aunger, visaient explicitement les habitants de l'ensemble du Nord-Ouest. Ils ne se limitaient en aucune façon aux résidents de la Rivière-Rouge.

Le 6 novembre 1869, douze personnes s'identifiant comme « [t]he President and Representatives of the French-speaking population of Rupert's Land in Council » avaient invité la population anglophone à envoyer douze représentants à une convention ayant pour but « to consider the present political state of this Country and to adopt such

²⁸⁷ *Order of Her Majesty in Council admitting Rupert's Land and the North-Western Territory into the union, dated the 23rd day of June, 1870* (R-U), London Gazette (24 juin 1870) aux pp 3089-3099.

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ Procès (23 mai 2007), *supra* note 13 aux pp 6120-6134.

²⁹⁰ Aunger, Contre-preuve, *supra* note 267 au para 16.

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² *Ibid.*

measures as may be deemed best for the future welfare of the same »²⁹³. Ayant rédigé une charte des droits, ils l'avaient fait adopter par les délégués anglophones lors de la dernière rencontre de cette « petite convention »²⁹⁴. Le 20 janvier 1870, une assemblée publique tenue au fort Garry avait voté une résolution ordonnant la convocation d'une deuxième convention composée cette fois de 20 francophones et 20 anglophones. D'après Aunger, ces députés avaient été élus expressément pour représenter leur communauté linguistique respective, et selon l'historien W. L. Morton, six avaient été choisis dans des paroisses à l'extérieur du District d'Assiniboia²⁹⁵. Cette « grande convention » avait ratifié une nouvelle charte plus détaillée, proposant les grandes lignes d'une constitution pour les Territoires du Nord-Ouest une fois annexés au Canada.

Les deux conventions s'étaient entendu à propos du bilinguisme officiel en proposant premièrement que le juge en chef de la future Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest soit bilingue, et deuxièmement que « the English and French languages be common in the Legislature and Courts, and that all Public Documents and Acts of the Legislature be published in both languages »²⁹⁶. Le commissaire Donald Smith, après avoir examiné ces deux dispositions, avait déclaré que le gouvernement du Canada ferait le nécessaire pour les garantir. En vue de faire entériner cette entente, il avait invité la convention à envoyer trois délégués à Ottawa pour traiter directement avec le gouvernement fédéral. Ces trois délégués, John Black, Alfred Scott et Noël-Joseph Ritchot devaient parvenir à faire accepter le bilinguisme officiel, ainsi que la plupart des autres demandes, et peu après, la Chambre des communes devait les enchâsser dans l'*Acte du Manitoba*. Le gouverneur général du Canada avait immédiatement communiqué la bonne nouvelle dans un télégramme au gouvernement britannique : « Bill for Government of North-West passed, sanctioning conditions agreed upon with Delegates »²⁹⁷. Ironiquement, en assumant la présidence de la grande convention, l'un des délégués, le juge Black, avait initialement remis en question la nécessité d'entamer de telles négociations : « look at her Majesty's message, in which you are told, not merely that the Queen's Government itself will not interfere with or set aside your rights, but also that with all Her Majesty's power they will prevent others from interfering with or setting them aside »²⁹⁸.

De l'avis du professeur Aunger, cet *Acte du Manitoba* formait à la fois la constitution du Manitoba et la constitution des Territoires du Nord-Ouest²⁹⁹. Mais ce n'était pas la seule loi fondamentale à établir des règles constitutionnelles pour les deux régions³⁰⁰. La *Rupert's Land Act, 1868*, par exemple, maintenait en fonction la Cour générale, de même que le recorder de la Terre de Rupert. Cette loi britannique disposait que « until otherwise enacted by said Parliament of *Canada*, all the Powers, Authorities, and Jurisdiction of the several Courts of Justice, now established in *Rupert's Land*, and of

²⁹³ *Ibid* au para 17.

²⁹⁴ Procès (25 mai 2007), *supra* note 13 aux pp 6352-6354.

²⁹⁵ Aunger, Contre-preuve, *supra* note 267 au para 17.

²⁹⁶ *Ibid* au para 18.

²⁹⁷ *Ibid* au para 22.

²⁹⁸ *Ibid* au para 16.

²⁹⁹ *Ibid* au para 23.

³⁰⁰ Procès (23 mai 2007), *supra* note 13 aux pp 6126-6129.

the several Officers thereof, and of all Magistrates and Justices now acting within the said Limits, shall continue in full force and effect therein »³⁰¹. De la même manière, une loi canadienne, l'*Acte de gouvernement provisoire*, confirmait dans leurs charges tous « les officiers et fonctionnaires publics en exercice dans la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest »³⁰². Elle perpétuait également toutes « les lois en force dans la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest »³⁰³, et autorisait la nomination d'un lieutenant-gouverneur détenant le pouvoir d'administrer les Territoires du Nord-Ouest, « et généralement de faire, décréter et établir les lois, institutions et ordonnances qui pourront être nécessaires pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement »³⁰⁴.

L'*Acte du Manitoba* précisait toutefois un plus grand nombre d'éléments fondamentaux³⁰⁵. Le tout premier article de cette loi constitutionnelle délimitait explicitement les frontières de la Province du Manitoba et celles des Territoires du Nord-Ouest³⁰⁶. Selon l'interprétation donnée par George-Étienne Cartier, l'alinéa 17(4) permettait aux Métis résidant dans les Territoires du Nord-Ouest de participer aux premières élections manitobaines³⁰⁷. Dans la mesure où le Manitoba et les Territoires du Nord-Ouest possédaient des tribunaux communs, en garantissant le bilinguisme officiel pour les tribunaux provinciaux, l'article 23 faisait de même pour les tribunaux territoriaux. L'article 26 engageait le gouvernement fédéral à payer les salaires du lieutenant-gouverneur, des juges, des douaniers et de certains autres fonctionnaires. L'article 27 maintenait, sans augmentation, les « droits de douane actuellement imposés par la loi dans la Terre de Rupert ». L'article 33 autorisait le gouverneur général en conseil à établir le mode et la formule pour la concession de terres appartenant à la Couronne. L'article 34 sauvegardait les droits que la Reine avait accordés à la Compagnie de la Baie d'Hudson en effectuant le transfert des territoires annexés. L'article 35 décrétait que le lieutenant-gouverneur du Manitoba serait également nommé lieutenant-gouverneur des Territoires du Nord-Ouest. Et l'article 36 renouvelait l'*Acte de gouvernement provisoire* jusqu'au 1^{er} janvier 1871.

En 1875, le premier ministre du Canada Alexander Mackenzie décidait de scinder les gouvernements provincial et territorial et d'établir pour les Territoires du Nord-Ouest un gouvernement distinct et séparé : « there should be a firm Government established within the Territories and [...] the Governor should reside several hundred miles west of the present point of authority »³⁰⁸. Cependant, adoptée en 1875 et promulguée en 1876, la loi constituant ce gouvernement ne contenait aucune disposition relative au bilinguisme officiel³⁰⁹. L'année suivante, Joseph Royal, procureur général du Manitoba et futur lieutenant-gouverneur des Territoires du Nord-Ouest, contestait cette loi « inique » en déclarant qu'il valait mieux garder « le système actuel » afin d'assurer « le droit d'être

³⁰¹ *Rupert's Land Act, 1868* (R-U), 31 & 32 Vict, c 105, art 5.

³⁰² *Acte de gouvernement provisoire*, *supra* note 143, art 6.

³⁰³ *Ibid*, art 5.

³⁰⁴ *Ibid*, art 2.

³⁰⁵ Aunger, Contre-preuve, *supra* note 267 au para 23.

³⁰⁶ *Acte du Manitoba*, *supra* note 141, art 35.

³⁰⁷ Aunger, Contre-preuve, *supra* note 267 au para 23.

³⁰⁸ *Ibid* au para 28.

³⁰⁹ *Acte des Territoires du Nord-Ouest, 1875*, *supra* note 148.

jugé dans sa propre langue »³¹⁰. Le sénateur Marc Girard, anciennement premier conseiller des Territoires du Nord-Ouest, s’opposait également au nouvel ordre, affirmant que les habitants du Nord-Ouest « had as much right to have their language acknowledged there as they had in Quebec and Manitoba by having a translation of all the ordinances passed for their guidance »³¹¹. Il proposait, avec succès, l’adoption d’un amendement calqué sur l’article 23 de l’*Acte du Manitoba*, afin de perpétuer dans les Territoires du Nord-Ouest le même bilinguisme officiel que sous le régime manitobain³¹².

En 1889, toutefois, l’Assemblée législative des Territoires du Nord-Ouest, composée largement d’anglophones nouvellement arrivés de l’Ontario, avait adopté une résolution priant le parlement canadien de supprimer ce bilinguisme officiel³¹³. Après de longs débats, le Parlement du Canada rejetait la demande, mais il révisait néanmoins l’article 110 de l’*Acte des Territoires du Nord-Ouest* afin de laisser l’assemblée territoriale déterminer la langue de ses débats : « cette Assemblée pourra, par ordonnance ou autrement, régler ses délibérations et la manière d’en tenir procès-verbal et de les publier »³¹⁴. Peu après, Frederick Haultain, le chef du conseil exécutif des Territoires du Nord-Ouest, déposait une résolution réclamant « [t]hat it is desirable that the proceedings of the Legislative Assembly shall be recorded and published hereafter in the English language only »³¹⁵. Lors des débats subséquents, il expliquait les obligations constitutionnelles de l’Assemblée législative en matière de langue : « [t]he North-West Territories Gazette and the Ordinances must be printed in French, as also must the reports of the different departments, but the Assembly has been given the right to say what language shall be used in the debates of this House and in the Journals »³¹⁶. Se rendant compte que la résolution ne supprimerait pas la publication en français des ordonnances, un député anglophone annonçait son intention de s’y opposer. Haultain rétorquait : « Read the act. We haven’t the power »³¹⁷.

Conclusion

Le procès de Gilles Caron met en relief les difficultés rencontrées par un citoyen francophone cherchant à faire valoir ses droits en Alberta. Selon la décision rendue par le juge Wenden, la Constitution du Canada reconnaît le statut officiel de la langue française en Alberta et, plus précisément, le droit aux lois promulguées en français et aux procès entendus en français. Pourtant, Caron – comme maintes générations d’individus avant lui – n’a pas eu accès ni à des lois, ni à leurs instruments d’application dans sa langue, entre autres les avis de contravention. Qui plus est, pour obtenir un procès en français, pendant

³¹⁰ Aunger, Contre-preuve, *supra* note 267 au para 28.

³¹¹ *Ibid.*

³¹² *Acte des Territoires du Nord-Ouest, 1877, supra* note 149, art 11, modifiant *Acte des Territoires du Nord-Ouest, 1875, supra* note 148.

³¹³ Aunger, Contre-preuve, *supra* note 267 au para 30.

³¹⁴ *Acte modifiant les actes concernant les Territoires du Nord-Ouest, LC 1891, c 22, art 18, modifiant Acte des Territoires du Nord-Ouest, supra* note 31, art 110.

³¹⁵ Aunger, Contre-preuve, *supra* note 267 au para 30.

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ *Ibid.*

deux ans il a dû entamer des démarches longues, ardues et dispendieuses, tout en subissant les tergiversations et les temporisations du ministère public, à tel point que la Cour provinciale concluait que le comportement de la poursuite avait miné l'intégrité du système judiciaire.

Aux dires des témoins francophones, résidents de l'Alberta, la violation de ces droits linguistiques constituait une attaque portée contre leur identité canadienne-française et leur langue maternelle. Ils se voyaient relégués au rang de citoyens de deuxième ordre. Deux témoins experts affirmaient que la politique provinciale, dont la *Loi linguistique* de l'Alberta, était motivée par une hostilité forte et persistante à l'égard de la minorité francophone, ayant pour objectif l'éradication de la langue française de la place publique et de la vie quotidienne. À leur avis, elle s'avérait un moyen efficace d'imposer la langue anglaise et d'assimiler la population francophone. Par contre, l'éminent sociolinguiste Joshua Fishman déclarait que – même répressive – cette politique n'avait pas forcément d'effet négatif sur la minorité ou sur sa langue. À l'opposé, se basant sur ses études de francophones en milieu minoritaire, l'expert Rodrigue Landry témoignait que la politique linguistique influait de façon significative sur la fréquence de l'usage en privé ou en public des langues française ou anglaise.

Avant de rendre sa décision, la Cour provinciale effectuait une étude minutieuse des nombreuses pièces justificatives portant sur l'histoire constitutionnelle de la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest durant la période de 1835 à 1870, c'est-à-dire depuis l'instauration du premier gouvernement civil jusqu'à l'annexion par la fédération canadienne. Elle examinait, par exemple, les organes législatifs et judiciaires, leur constitution et leur composition, leurs langues officielles et leur juridiction territoriale; les actes législatifs, les proclamations et les décrets adoptés par les gouvernements canadiens et britanniques à l'égard des territoires annexés; les revendications des délégués participant aux conventions constitutionnelles et les négociations avant d'entériner une entente avec le gouvernement canadien; la mise en place de gouvernements jumelés pour la Province du Manitoba et les Territoires du Nord-Ouest, ainsi que les modalités visant à assurer leur bilinguisme officiel.

En rendant son jugement, le juge Wenden se prononçait principalement sur le statut de la langue française dans la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest, et sur l'enchâssement de ce statut dans la Constitution du Canada avec application à l'Alberta (et par voie de conséquence à la Saskatchewan). Il reconnaissait que « [l]e français était utilisé au [C]onseil d'Assiniboia pour publier et diffuser les ordonnances et règlements »³¹⁸, et employé dans la Cour générale pour instruire les causes³¹⁹. De ce fait, le français – comme l'anglais – avait « un statut officiel »³²⁰ en matière législative, de même qu'en matière juridique, et ce, dans l'ensemble des territoires annexés. Le juge Wenden constatait, par exemple, que la juridiction territoriale de la Cour générale incluait Rivière la Paix³²¹, une région située aujourd'hui en Alberta.

³¹⁸ Caron, *supra* note 1 au para 157.

³¹⁹ *Ibid* au para 156.

³²⁰ *Ibid* au para 166.

³²¹ *Ibid* au para 149.

Le juge Wenden concluait également que le *Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest*, une partie intégrante de la Constitution du Canada, protégeait effectivement le statut officiel de la langue française en Alberta. Ce décret, reprenant une adresse à la Reine Victoria adoptée par le Parlement du Canada en 1867, garantissait la protection de tous les droits acquis par les personnes installées dans les territoires annexés – « the legal rights of any corporation, company, or individual »³²². En plus, le décret autorisait le gouverneur en conseil « à prendre toute mesure nécessaire à l'exécution des conditions » du transfert de ces territoires, d'où l'émission d'une proclamation royale en 1869³²³. Or, selon le juge Wenden, de par son engagement explicite de respecter « all your civil and religious rights and privileges », cette proclamation renfermait une protection constitutionnelle pour des droits linguistiques, dont les services gouvernementaux en français³²⁴.

Ce jugement s'appuyait sur des pièces justificatives très nombreuses (elles remplissaient 11 986 pages) et composées souvent de documents primaires. (Les documents primaires comportent des textes « originaux » et « de première main », souvent contemporains de l'évènement, par exemple, de la correspondance, des journaux intimes, des reportages, des comptes rendus, des procès-verbaux. Les documents secondaires comprennent typiquement les travaux de synthèse fondés sur les sources primaires ou d'autres documents secondaires.) Le rassemblement d'une documentation aussi volumineuse était inusité, mais indispensable dans les circonstances. Comme l'expliquait le juge Wenden, les recherches existantes n'offraient pas « de réponses complètes aux problèmes soulevés par ce procès »³²⁵.

Dans ses rapports sommaires, le témoin expert de la défense, Edmund Auger, citait 124 documents primaires, contre seulement 20 documents secondaires³²⁶. Cette répartition reflétait sa conviction que l'historiographie traditionnelle de l'Ouest canadien négligeait et déformait les questions d'ordre linguistique et constitutionnel. Pour sa part, le témoin expert de la poursuite, Kenneth Munro, embrassait le travail de « grands historiens » et l'autorité de leur œuvre. Son rapport sommaire comportait 98 références à des documents secondaires, contre 94 documents primaires³²⁷.

Cette imposante base documentaire, comprenant des dossiers archivés et des sources inédites, étayait la décision rendue par la Cour provinciale de l'Alberta et sa reconnaissance du statut officiel de la langue française en Alberta. En revanche, n'ayant ni la vocation ni le loisir de digérer une documentation aussi vaste, les tribunaux supérieurs se contentent de miser sur des documents secondaires et des précédents judiciaires.

³²² *Ibid* aux para 496-508.

³²³ *Ibid* aux para 523, 560.

³²⁴ *Ibid* aux para 445, 453.

³²⁵ *Caron, supra* note 1 au para 41.

³²⁶ Dustin McNichol, *Histoire contestée : Contenu et structure du débat historique dans R. c. Caron*, thèse de maîtrise en études canadiennes, University of Alberta, Campus Saint-Jean, 2011 [non-publiée] à la p 77.

³²⁷ *Ibid* à la p 73.

Post-scriptum

En 2009, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta accueillait l'appel de la Couronne, et annulait les verdicts d'acquiescement de Gilles Caron et de Pierre Boutet³²⁸. La juge Eidsvik reconnaissait que « les habitants de la terre de Rupert et du territoire du Nord-Ouest jouissaient du droit d'origine législative à la publication des ordonnances locales en français et en anglais »³²⁹ et que « ces droits linguistiques revêtaient une importance fondamentale pour la population de l'époque »³³⁰. Mais à son avis, exception faite du Manitoba par l'effet de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, ces droits n'étaient pas enchâssés dans la Constitution du Canada³³¹.

Selon la juge Eidsvik, le *Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest*, tout en protégeant les droits acquis – les « legal rights » – de la population, reste silencieux sur les droits linguistiques et « ces derniers sont des droits à part entière et distincts des “legal rights” »³³². Elle ajoutait : « il ne fait aucun doute que les droits linguistiques étaient et sont un type particulier de droits qui se distinguent des autres droits »³³³. Par ailleurs, toujours selon elle, ce décret ne conférait aucun statut constitutionnel à la Proclamation royale de 1869³³⁴. La proclamation « était une simple promesse politique sans conséquences juridiques, visant à calmer la population en lui rappelant l'état du droit concernant le transfert. Il est donc inutile en l'espèce de déterminer si l'expression “droits et privilèges civils et religieux” qui s'y trouve comprend le droit linguistique de publier la législation locale en français et en anglais »³³⁵.

En 2014, la Cour d'appel de l'Alberta rejetait les appels de Gilles Caron et de Pierre Boutet³³⁶. Au nom de la majorité, la juge Rowbotham déclarait que « le droit à la publication en français n'a pas dépassé les limites du district d'Assiniboia, qui a été intégré plus tard à la province du Manitoba »³³⁷. Il était peu probable, à son avis, que les ordonnances du District d'Assiniboia s'appliquent « à l'extérieur du district municipal, sur le territoire du district d'Assiniboia, et encore moins sur la Terre de Rupert »³³⁸. Quant au *Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest*, elle concluait qu'il « ne laisse voir aucune intention de protéger expressément le droit à la publication en français et en anglais »³³⁹ et elle souscrivait aux conclusions de la juge Eidsvik de la Cour du Banc de la Reine que « la Proclamation royale n'enchâssait pas les

³²⁸ *R c Caron*, 2009 ABQB 745 au para 285.

³²⁹ *Ibid* au para 123.

³³⁰ *Ibid* au para 282.

³³¹ *Ibid* au para 202.

³³² *Ibid*.

³³³ *Ibid*.

³³⁴ *Ibid* aux para 199, 200.

³³⁵ *Ibid* au para 187.

³³⁶ *R c Caron*, 2009 ABQB 71.

³³⁷ *Ibid* au para 27.

³³⁸ *Ibid* au para 29.

³³⁹ *Ibid* au para 52.

droits linguistiques parce qu'elle n'était pas un document constitutionnel et qu'elle n'avait aucun effet juridique »³⁴⁰.

Le 31 juillet 2014, la Cour suprême du Canada accueillait la demande d'autorisation d'appel de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (Edmonton) dans la cause *R c Caron*, désormais intitulée *Pierre Boutet et al c Sa Majesté la Reine, et al* (n° 35842).

³⁴⁰ *Ibid* aux para 34-35.