

UNE QUESTION MAL POSÉE?

Pierre FOUCHER*

INTRODUCTION

Lorsqu'un auteur désire éviter de répondre à une question qu'on lui pose, un procédé rhétorique dont il peut user consiste à reformuler la question afin de l'adapter à son propos. Ce sera là l'objet de la première partie de ce texte. En effet, il nous est demandé de réfléchir à la question suivante : « Les lois linguistiques répondent-elles aux besoins des personnes et communautés pour qui elles sont adoptées? » Cela présuppose que les lois linguistiques sont adoptées dans le but de répondre à des besoins. C'est une prémisse qu'il convient d'abord de questionner. Dans un second temps, une analyse des lacunes des lois actuelles et de ce qui pourrait les bonifier sera présentée. Le champ d'intervention sera vaste : il comprendra à la fois les articles 16 à 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les lois sur les langues officielles fédérale et néo-brunswickoise ainsi que les lois sur les services en français dans les autres provinces.

I – QUEL EST LE BUT D'UNE LOI LINGUISTIQUE?

Pourquoi légiférer en matière linguistique? Pour qui? Dans quel but? Ce sont là des interrogations relevant de la spéculation mais qui peuvent orienter la mesure du succès de l'intervention législative. En effet, tout comme l'objet législatif identifié dans le cadre d'une analyse portant sur l'article Premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* pourra avoir un impact sur l'étendue et la raisonnable ultime de la loi eu égard à une violation des droits de la *Charte*, de même l'identification d'une motivation donnée sous-tendant l'adoption d'une loi pourra déterminer l'évaluation de sa portée réelle. Certes, jamais une loi n'atteint-elle complètement ses objectifs ultimes, et d'ailleurs cela n'est pas pertinent

* Professeur à la faculté de droit, Université d'Ottawa.

aux fins de l'évaluation de sa constitutionnalité¹; mais puisqu'il s'agit de réfléchir à la situation actuelle et de proposer des voies d'avenir, cet effort n'a rien de futile ou d'inutile. Il permet d'établir si le dispositif juridique présentement en vigueur au Canada joue un rôle utile.

Tout observateur attentif de la scène juridico-constitutionnelle canadienne aura tôt fait de constater que depuis 1982, le domaine des droits linguistiques a connu une progression spectaculaire. Avant l'adoption de la *Charte*, les garanties juridiques de droits linguistiques se limitaient à fort peu de choses. Les *Lois sur les langues officielles* de 1969² ont servi de cadre général à la mise en place de certains programmes et services, mais n'ont pas généré beaucoup de jurisprudence. Les arrêts ayant porté sur la loi fédérale ont conclu à la majorité que la déclaration de langues officielles et l'égalité linguistique de l'article 2 n'avaient qu'une valeur déclaratoire³. Le fait qu'il s'agisse d'une simple loi n'aidait pas à son interprétation. Certes, la Cour avait confirmé la constitutionnalité de chacune de ces lois en statuant que l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ainsi que l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* représentaient des garanties minimales qui n'empêchaient pas chaque juridiction d'ajouter à ces droits⁴. La Cour les a d'ailleurs qualifiés un peu plus tard de « système limité de bilinguisme »⁵.

L'adoption des articles 16 à 23 de la *Charte* manifeste donc, en quelque sorte, une certaine rupture juridique avec le passé constitutionnel du pays. Ils ont eus un effet d'entraînement indéniable. Une nouvelle loi fédérale a été adoptée, suivie – beaucoup plus tard – par une nouvelle loi au Nouveau-Brunswick. L'Ontario a emboîté le pas avec la *Loi sur les services en français*, ainsi que la *Loi sur les tribunaux judiciaires*. Le *Code criminel du Canada* a été modifié pour reconnaître le droit des accusés à un procès dans leur langue. Récemment, l'Île-du-

¹ L'effet pratique n'a que peu de pertinence aux fins de la qualification constitutionnelle : *R. c. Morgentaler*, [1993] 1 R.C.S. 462.

² *Loi sur les langues officielles du Canada*, S.R.C. 1970, c. O-2 ; *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, L.R. N.-B., c. O-1

³ *Association des gens de l'air du Québec c. Lang*, [1977] 2 C.F. 22, [1978] 2 C.F. 371 ; on ne peut s'empêcher de penser à la jurisprudence décevante engendrée par la *Déclaration canadienne des droits*.

⁴ *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182.

⁵ *Blaikie c. Procureur général du Québec*, [1979] 1 R.C.S. 1011.

Prince-Édouard⁶, la Nouvelle-Écosse⁷ et le Nunavut⁸ ont modernisé leur appareillage juridique en matière linguistique.

Pourquoi donc ces droits, ces lois, ces politiques, sont-elles adoptées? Quel est leur fondement ultime?

Bien que l'on puisse sans doute identifier d'autres raisons, voici les trois motivations qui nous apparaissent les plus plausibles : la paix sociale; l'unité nationale; le maintien et l'épanouissement des communautés en situation minoritaire, qui représente le véritable objet de ces mesures⁹.

A – La paix sociale

Le droit exerce plusieurs fonctions dans une société. L'une d'entre elles est certainement de permettre la résolution pacifique des conflits en dehors de toute violence.

Ce but ultime est particulièrement pertinent lorsqu'il s'agit de minorités nationales. Une minorité nationale se distingue d'une minorité d'immigration récente en ce qu'elle est implantée depuis fort longtemps; elle a été intégrée à l'État soit en raison de promesses qu'on lui a faites à l'effet que ses droits seront respectés, soit contre son consentement (conquête, déplacement de frontières sans consultation préalable)¹⁰.

Il arrive fréquemment que les conditions initiales changent au fil du temps. Mais les bases de la fondation étatique, elles, subsistent. De plus, si ces droits ne sont pas accordés ou respectés, et que la minorité nationale est en nombre et en proportion suffisantes pour menacer l'intégrité territoriale du pays, des conflits, peut-être violents, peuvent survenir. Des analyses récentes avancent que la grande majorité des conflits armés dans le monde aujourd'hui reposent sur des bases ethniques¹¹. Il ne faut donc pas sous-estimer le pouvoir pacificateur du droit. Il n'est pas la panacée à tous les maux. Mais il comprend des

⁶ *French Language Services Act*, S.P.E.I. 1999, c. F-15.1.

⁷ *Loi sur les services en français*, S.N.S. 2004, c. 26.

⁸ *Loi sur les langues officielles*, S. Nun. 2008, c. 10; *Loi sur la protection de la langue inuit* S. Nun. 2008, c. 17.

⁹ *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768.

¹⁰ Will Kymlicka, *La citoyenneté multiculturelle*, Paris, Éditions la Découverte, Montréal, Boréal, 2001.

¹¹ Joseph Yacoub, *Les minorités dans le monde : faits et analyses*, Paris, Desclée de Brouwer, 1996.

processus, des rationalités et des concepts qui facilitent et canalisent les conflits latents entre majorités et minorités dans des formes rigides et des procédures établies. Il n'y a pas qu'au plan de la forme que les droits des minorités peuvent jouer un rôle : au plan du fond, ils peuvent aussi aider à l'acceptation de solutions qui n'auraient jamais vues le jour sans l'apport du droit. Les droits linguistiques sont des droits relevant de l'ouverture à la différence. Ils peuvent contribuer à stabiliser une situation potentiellement dangereuse.

Mais si on les envisage comme cela, le bilan des droits linguistiques au Canada est mitigé. Les grandes crises politiques de la fin du 19^e et du début du 20^e siècle ont souvent impliqué une dimension reliée aux droits linguistiques. C'est la perte des droits scolaires des Acadiens qui a engendré l'émeute de Caraquet en 1874, et c'est la perte des droits scolaires des Franco-manitobains qui a servi de toile de fonds à l'élection fédérale de 1894. L'abolition du bilinguisme au Manitoba, en 1891, a eu des conséquences inattendues un siècle plus tard. Pour éviter un vide juridique total, le gouvernement manitobain était prêt à offrir certaines garanties constitutionnelles à sa minorité francophone, mais cela conduisit le Manitoba dans une crise constitutionnelle grave que seul le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba* a pu résoudre. La même année, les réactions très négatives, voire hostiles, d'une fraction de la population anglophone du Nouveau-Brunswick au rapport « Poirier-Bastarache » ont conduit à l'élection d'une opposition officielle carrément et ouvertement contre le bilinguisme officiel de la province. Bref, l'intervention législative du 19^e siècle a conduit à des débordements qui se sont répétés dans l'histoire.

Mais cela a cessé. Depuis la *Charte* et depuis que ce sont les tribunaux qui sont les principaux architectes de la politique linguistique canadienne hors-Québec, la paix sociale semble revenue. L'arrêt *Mahe* n'a pas suscité de réaction hors de proportion; l'arrêt *Arsenault-Cameron* non plus. L'arrêt *Solski* a été accueilli avec inquiétude au Québec mais sans mobilisation nationale intense. La création d'un poste de commissaire aux langues officielles au Nouveau-Brunswick et d'un commissaire aux services en français en Ontario n'a pas suscité de levée de bouclier dans ces provinces. Si le rôle des droits linguistiques est de garantir la paix sociale, les faits semblent montrer au moins une corrélation entre la paix sociale et l'expansion des droits linguistiques. Est-ce une accalmie factice, ou le signe que l'intervention législative et

surtout le mandat judiciaire ont atteint le but de stabiliser une situation potentiellement explosive? Il n'en demeure pas moins que tout cela reste fragile. En droits linguistiques des minorités, comme en tout autre domaine socialement sensible, il suffit de peu de choses pour que le droit s'avère impuissant à endiguer les flots de l'intolérance et de la colère. L'œuvre d'équilibre des tribunaux demeure délicate.

L'acceptation sociale, maintenant généralisée à l'endroit du bilinguisme officiel en tant que caractéristique fondamentale du Canada, est peut-être tributaire de la présence de la loi et du fait que dorénavant, quand des conflits et des litiges autour de l'interprétation de ces droits surgissent, ils se règlent comme tout litige juridique – devant les tribunaux.

B – L'unité nationale

Les questions linguistiques sont souvent au cœur de l'identité nationale et des compromis historiques qui fondent les nations. C'est particulièrement le cas au Canada. Plusieurs juges l'ont souligné à l'occasion de décisions de droits linguistiques. Le juge en chef Dickson déclare :

La question de la dualité linguistique est une préoccupation de vieille date au Canada, un pays dans l'histoire duquel les langues française et anglaise sont solidement enracinées. Les garanties constitutionnelles en matière linguistique traduisent des efforts continus et renouvelés en vue de réaliser le bilinguisme. Selon moi, nous devons nous efforcer particulièrement de rester fidèles à l'esprit et à l'objet des droits linguistiques enchâssés dans la Charte¹².

Le juge La Forest écrit :

Si on peut dire que la législation en matière de droits de la personne est fondamentale ou quasi constitutionnelle, c'est

¹² *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549 au para. 19. Dissident quant au résultat, le juge en chef Dickson n'a pas été contredit par le reste de la Cour sur ce point.

au moins tout aussi vrai de la loi dont il est question en l'espèce; elle a été enchâssée pendant de nombreuses années dans la mesure où les habitants de cette région auxquels elle s'appliquait étaient concernés, puisqu'elle ne pouvait être supprimée non pas par l'assemblée législative locale, mais seulement par le Parlement qui, faut-il le rappeler, avait refusé de le faire. Elle faisait partie du droit fondamental d'une vaste région de ce pays depuis les premiers jours de la fondation de la nation et elle est enracinée dans une réalité profondément délicate reconnue dans la Charte canadienne des droits et libertés, qui, parmi nos valeurs constitutionnelles fondamentales, établit que le français et l'anglais sont les langues officielles de ce pays (par. 16(1))¹³.

Dans *Mahe*, le juge en chef Dickson exprime la même idée avec force : « Cet article [l'article 23 de la Charte] constitue en conséquence la clef de voûte de l'engagement du Canada envers le bilinguisme et le biculturalisme ». Il ajoute au sujet de l'objet de l'article 23 :

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 Canada¹⁴.

Il y a donc une reconnaissance judiciaire de la nature spéciale des droits linguistiques au Canada. Ce ne sont pas que des droits de la personne d'une nature particulière, bien que cette dimension soit aussi présente dans les droits linguistiques. Ce sont des droits qui font partie

¹³ *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234 au para. 48. Il parle de l'article 110 de l'Acte des Territoires du Nord-Ouest qui imposait le bilinguisme des lois et des tribunaux. Cet article a été abrogé, mais la validité de cette abrogation est remise en cause dans *R. c. Caron* 2008 ABPC 232, en appel à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta.

¹⁴ *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342 [*Mahe*].

de la « fabrique de la nation ». Dans le *Renvoi sur la sécession*, la Cour fait de la protection des minorités l'un des principes constitutionnels non écrits qui fondent les droits linguistiques. Ils sont l'expression de compromis initiaux qui ont présidé à la fondation même du pays et qui se sont bonifiés à mesure que, le temps passant, les juristes ont constaté que le droit et les droits pouvaient bonifier la situation des minorités.

Les droits linguistiques ont-ils cependant contribué à l'unité nationale? D'aucuns leur ont fait un procès d'intention. Certains nationalistes québécois en font la source d'irritants majeurs, en ce que le système de bilinguisme officiel heurte de front et contredit carrément la politique d'unilinguisme territorial du Québec tempérée par certains droits limités en faveur de la minorité anglophone. Du côté de la droite conservatrice anglophone, on signale que les droits linguistiques et le bilinguisme officiel n'ont rien fait pour calmer les ardeurs des souverainistes au Québec tout en irritant les communautés anglophones et immigrantes du Canada.

Le rapport Laurendeau-Dunton s'ouvrait par cette phrase maintes fois répétée et prophétique : « Le Canada vit l'une des pires crises de son histoire [...] »¹⁵. L'opposition québécoise à l'opération de rapatriement de 1982 reposait sur un ensemble d'éléments dont l'un était la présence de l'article 23 de la *Charte*, qui allait élargir l'accès à l'école anglaise mais surtout qui allait priver le Québec (ainsi que les autres provinces, d'ailleurs), de sa pleine compétence en éducation, incluant la langue de l'éducation. Pendant les trois années qu'ont duré les péripéties entourant l'Accord du Lac Meech, la question linguistique fut très présente. Les minorités francophones insistaient pour que le Parlement et le gouvernement du Canada aient l'obligation de promouvoir la dualité canadienne, ce à quoi s'objectait tout aussi farouchement le Québec. En 1988, un an après la première résolution d'approbation de l'Accord, la Cour suprême du Canada rendit son arrêt *Mercury* sur les droits linguistiques dans l'Ouest, indiquant que la province pouvait abroger ces droits, ce que firent la Saskatchewan et l'Alberta. En visite dans l'Ouest, le Premier-Ministre du Québec refusa de désavouer ce geste, ce qui provoqua beaucoup de ressentiment parmi les communautés francophones hors-Québec. Plus tard, la Cour rendit l'arrêt *Ford* sur la

¹⁵ Commission Royale sur le bilinguisme et le biculturalisme, *Rapport préliminaire*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1964 à la p. 1.

langue d'affichage, et le Québec réadopta la loi sur l'affichage en l'assujettissant à une clause de dérogation, ce qui déclencha l'hostilité des provinces à majorité anglophone. L'appui à l'Accord du Lac Meech se délita. Dans *Mahe*, le procureur général du Québec plaida une position diamétralement opposée à celle des demandeurs Franco-albertains.

Depuis la décennie 1990, toutefois, la tension a baissé. Le ministre des Affaires intergouvernementales du Québec a pu dire, lors du lancement de la nouvelle politique québécoise à l'endroit des minorités francophones, en 2006, « Le Québec est de retour dans la francophonie canadienne ». Cette déclaration lourde de sens fut bien accueillie dans la francophonie. Outre le fait que la nouvelle jurisprudence de la Cour suprême semble injecter un peu d'asymétrie dans l'appareil des droits linguistiques, se peut-il que leur présence même ne représente plus une pomme de discorde entre les communautés francophones du Canada? Cela reste à voir. Mais le fait est que le débat national au Québec s'est éloigné de ses fondements linguistiques. Les revendications québécoises sont désormais portées par d'autres enjeux. Mais la langue n'en est jamais bien loin¹⁶.

C - Le maintien et le développement des communautés linguistiques minoritaires

Ce but assigné aux droits linguistiques découle de leur objet tel qu'il a été décrit par la Cour suprême du Canada, d'abord dans *Mahe* puis dans *Beaulac*. Il fait ressortir la dimension collective de ces droits : ils sont conférés et doivent donc s'interpréter en fonction de leur raison d'être, qui n'est pas le droit à un procès équitable mais bien le droit à un accès égal et une pleine reconnaissance. Nous aurons l'occasion d'y revenir.

Mais les droits linguistiques émaillant notre constitution et nos lois atteignent-ils ce but? Le bilan des droits linguistiques actuels est mitigé. Du côté positif, il faut constater l'incroyable métamorphose de la fonction publique fédérale, malgré des améliorations certaines à venir. La proportion de francophones y a augmenté. Les minorités linguistiques y ont trouvé leur compte. Les services sont plus disponibles qu'ils ne l'étaient. L'effet d'entraînement sur des provinces qui

¹⁶ Voir de façon générale : Pierre Georgette et Michel Plourde, dir., *Le français au Québec : 400 ans d'histoire et de vie*, Québec, Conseil supérieur de la langue française, 2008.

n'auraient jamais osé penser accorder des droits linguistiques a été notoire. Le domaine scolaire est aussi traversé de spectaculaires transformations. Il y a maintenant des conseils scolaires de la minorité dans toutes les provinces et tous les territoires. Des écoles de langue française sont présentes dans tous les grands centres du Canada. Autour de l'article 23 gravitent maintenant des associations de parents, de conseillers scolaires, de directeurs généraux, d'enseignants et enseignantes, de facultés universitaires d'éducation. Les ministères de l'Éducation comptent des sections d'instruction dans la langue de la minorité.

On mesure maintenant la vitalité des communautés, ce qui fait porter l'attention sur des facteurs autres que quantitatifs. La vitalité des communautés est impressionnante. Mais cela masque un fait très inquiétant et duquel peu se préoccupent : le nombre et la proportion de francophones diminue au Canada. Les taux de transfert linguistique continuent d'être alarmants. Le régime linguistique personnaliste voulu par le législateur fédéral, et imité jusqu'à un certain point par plusieurs législateurs provinciaux, n'a donc pas pu freiner les pressions assimilatrices. Cela n'était peut-être pas son but; ce l'est maintenant, au vu de la partie VII de la *Loi sur les langues officielles du Canada* par exemple, ou bien de la *Loi reconnaissant l'égalité des communautés linguistiques au Nouveau-Brunswick*.

II – COMMENT BONIFIER LES LOIS LINGUISTIQUES ACTUELLES?

Si les lois linguistiques doivent répondre aux besoins des individus et communautés pour lesquelles elles sont adoptées, ces besoins sont plus ou moins bien rencontrés. Ce qui existe n'est donc pas suffisant. Il faudra bonifier ces droits, soit au moyen d'apports jurisprudentiels significatifs, soit plus probablement au moyen de modifications législatives ou constitutionnelles.

Les individus ont besoin de sécurité linguistique. Ils ont besoin de pouvoir utiliser leur langue facilement, normalement; de la connaître, la comprendre. Ils ont besoin de l'utiliser non seulement dans leurs rapports privés mais, puisqu'il s'agit de bilinguisme officiel, dans leurs rapports avec l'État et avec ses institutions, ou encore dans tous les

aspects de leur vie quotidienne que régleme l'État. Il y a là un vaste champ d'intervention tant en matière publique que privée.

Les communautés ont des besoins quelque peu différents. Elles veulent être en mesure d'exercer de l'autonomie sur des questions qui les concernent directement. Cette autonomie s'exerce dans le champ culturel, ce que Rodrigue Landry appelle « l'autonomie culturelle ». Elle s'exerce aussi dans le champ scolaire. Elle s'exerce enfin dans plusieurs secteurs de l'administration décentralisée, ce que Daniel Bourgeois appelle « le nationalisme administratif », un concept en vertu duquel ce sont les institutions administratives décentralisées (territorialement ou fonctionnellement) qui présentent les meilleures chances de succès. L'autonomie administrative et culturelle évite en effet le poids des revendications politiques et les rapports de force qui en découlent. Elle se complète par un droit de participation aux instances de pouvoir qui prennent des décisions globales affectant le fonctionnement, le budget et la composition de ces institutions¹⁷.

Tout régime linguistique doit s'inspirer, nous semble-t-il, de deux principes fondamentaux devant guider toute action juridique : la progression et l'égalité réelle. Le principe de progression conserve toute sa pertinence. Exprimé au paragraphe 16(3) de la *Charte*, ce principe fondamental n'a pas encore, selon nous, dévoilé toute sa richesse. Il signifie que l'on ne devrait pas reculer sur les droits et les programmes qui sont mis en place en faveur des minorités. Le second principe est maintenant connu et analysé en jurisprudence : il signifie que la norme d'égalité en droits linguistiques écarte le recours à la notion d'accommodements raisonnables ainsi qu'à un calcul comptable purement mathématique. L'égalité doit signifier la prise de mesures spéciales en faveur des communautés en position de désavantage face aux pouvoirs politiques.

En procédant par sources, nous suggérons quelques pistes afin de bonifier l'ensemble de droits qui sont mis à la disposition des communautés linguistiques minoritaires au Canada. Il s'agit de suggestions que d'aucuns pourraient trouver utopiques, mais les rêves des professeurs de droit peuvent parfois devenir les réalisations de demain.

¹⁷ Daniel Bourgeois, « Administrative nationalism » (2007) 39:5 *Administration and Society* 631-55.

A - La Charte

La *Charte* telle qu'elle est comporte certaines faiblesses. Celles-ci découlent soit de son texte, soit de ce qu'elle ne dit pas, soit enfin des interprétations judiciaires qu'on en a faites et qui n'ont pas encore été corrigées.

Il a été question de l'idée de progression vers l'égalité linguistique tel qu'exprimée au paragraphe 16(3) de la *Charte*. Dans les affaires *Lalonde*¹⁸ et *Baie d'Urfe*¹⁹, certains intervenants ont proposé que ce paragraphe soit interprété comme comprenant implicitement une obligation pour un gouvernement de justifier le retrait d'un droit ou d'un programme qui avantageaient les minorités linguistiques. Si la Cour d'appel du Québec, dans *Baie d'Urfe*, n'a pas rejeté complètement l'argument, préférant conclure que les droits de la minorité anglophone n'étaient pas négativement affectés par les fusions municipales puisque les arrondissements pouvaient être désignés bilingues et offrir des services en anglais, la Cour d'appel de l'Ontario fut catégorique dans *Lalonde*. Faire droit à l'argument, dit-elle, reviendrait à constitutionnaliser de nouveaux droits et obliger le gouvernement à se plier à une procédure semblable à celle qui découle de l'article premier de la *Charte*. Elle invoqua d'autres décisions qui prenaient la position selon laquelle si un droit ou un programme, n'étant pas reconnu par la *Charte* ou d'autres dispositions constitutionnelles, est néanmoins mis en place par un gouvernement, ce dernier demeure libre, dans l'exercice de ses compétences et pouvoirs, de l'abroger, le modifier ou en faire ce qu'il veut. Dans une affaire impliquant des programmes en faveur des autochtones, la Cour suprême du Canada fut confrontée à un argument semblable, découlant toutefois de l'article 25 de la *Charte*. Citant la Cour d'appel de l'Ontario dans *Lalonde*, la Cour rejeta l'argument essentiellement sur le même fondement : ce serait créer de nouveaux droits constitutionnels et donc priver le gouvernement de son droit de gouverner²⁰.

C'est dommage. Ce n'est pas le lieu ici d'explorer en profondeur la teneur de l'argument. Qu'il suffise de mentionner que ce serait un

¹⁸ *Lalonde c. Commission de restructuration*, (2002) 56 RJO (3d) 481.

¹⁹ *Baie d'Urfe c. Procureur général du Québec*, (2001) JQ 2954 (QL).

²⁰ *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41 au para. 117.

immense pas en avant pour les minorités linguistiques que de reconnaître une obligation de justifier des reculs en matière de droits ou programmes non constitutionnalisés. En réalité, l'article 41 de la *Loi sur les langues officielles du Canada*²¹, l'article 7 de la *Loi sur les services en française de l'Ontario*²² jouent ce rôle. L'obligation de promouvoir la dualité linguistique, que les minorités réclamaient pendant les débats entourant l'Accord du Lac Meech, avait aussi ce rôle. Si l'on doit justifier toute limite à un droit constitutionnel, si la *Charte* elle-même confère un mandat de faire progresser l'égalité linguistique dans la société canadienne, il semblerait logique dans une prochaine étape que l'on demande des comptes à un gouvernement qui prendrait prétexte de circonstances difficiles pour sabrer dans des droits aussi importants pour les minorités. Certes, l'acte de gouverner serait alors un peu plus ardu, plus formel. Il faut donc soigneusement baliser ce principe afin qu'il joue un rôle utile sans mener à des débordements.

Un second élément qui peut être constitutionnalisé est le droit à un procès criminel dans sa langue. L'article 530 du *Code criminel du Canada* tel qu'il a été modifié récemment²³ protège déjà ce droit, qui s'impose à travers le Canada et fut à l'origine du jugement dans *Beaulac*. De plus, puisque la plupart des procès en matière criminelle se tiennent devant la Cour provinciale et que celle-ci doit donc avoir la capacité de les entendre dans la langue de la minorité, il serait souhaitable que ce droit soit étendu aux questions quasi-pénales provinciales (infractions routières, environnementales, réglementaires diverses) de manière à assurer la cohérence des droits entre le palier fédéral et le palier provincial et de renforcer l'objet premier de ce droit.

Toujours en matière de justice, même si la conclusion tirée dans *Société des Acadiens*, à l'effet que l'article 19 de la *Charte* ne garantit pas un juge qui comprend la langue de l'accusé, peut être remise en cause à la lumière du principe posé dans *Beaulac*²⁴, le fait demeure qu'elle n'a jamais encore été renversée. L'article 19 gagnerait à être modifié pour le

²¹ *Loi sur les langues officielles*, L.C. 1988, c. 31, Partie VII, art. 41, tel que modifié en 2005.

²² *Loi sur les services en français*, L.R.O. 1990, c. F.32, art. 7.

²³ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 530(3), 530(5), 530.01, 530.1, 531, 533.1 mod. par L.C. 2008, c. 18, art. 18-21.1, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2008 par TR/2008-71.

²⁴ Alyssa Tomkins, « Does Beaulac reorient Judicial Bilingualism? » (2008) 39 S. Ct. L.R. (2d.) 171-207.

préciser et ainsi donner les droits linguistiques aux citoyens et citoyennes plutôt qu'aux juges, qui sont les serviteurs du droit et de la justice.

La *Charte* ne garantit pas nécessairement un droit à des institutions distinctes, surtout en matière administrative²⁵, sauf pour ce qui est du Nouveau-Brunswick²⁶ et du domaine scolaire²⁷. Il y a néanmoins un droit à la gouvernance minoritaire en voie d'émerger de la jurisprudence²⁸, inspiré de la nouvelle partie VII de la *Loi sur les langues officielles du Canada*, de l'article 16.1 de la *Charte* ainsi que de la *Loi sur l'égalité des communautés linguistiques au Nouveau-Brunswick*²⁹ et du processus de désignation de la *Loi sur les services en français de l'Ontario* ou de la *Charte de la langue française du Québec*³⁰ lorsque celle-ci touche une institution de la minorité linguistique. L'autonomie représente le summum des droits des minorités³¹. Celle-ci s'exerce au sein d'institutions homogènes. À moyen terme, une clause interprétative pourrait être insérée dans la *Charte* pour préciser que, partout où cela est possible, la mise en œuvre des droits des communautés de langue officielle au Canada.

Le domaine scolaire, très sensible au Canada, est celui qui a vu les développements les plus spectaculaires grâce aux efforts acharnés de centaines de personnes et à une jurisprudence généreuse et constructive. Cependant, la question de la définition des ayants-droit demeure épineuse³², ainsi que le sort réservé aux personnes qui ne rencontrent pas cette définition³³. De plus, l'article 23 s'arrête à l'instruction primaire et secondaire, tandis que les besoins des communautés s'étendent aussi au pré-scolaire, au post-secondaire, à l'éducation aux adultes et à

²⁵ *Desrochers c. Canada*, 2009 CSC 8.

²⁶ Article 16.1 de la *Charte*.

²⁷ Le droit de gestion fait partie de l'article 23 : *Mahe*, *supra* note 14.

²⁸ Pierre Foucher, « Droit à la gouvernance en droit international et canadien », à paraître dans les actes du colloque sur la gouvernance tenu à Ottawa en mai 2008.

²⁹ L.R.N.B. c. O-1.1.

³⁰ L.R.Q. c. C-11, art. 29.1.

³¹ O.S.C.E., « recommandations de Lund sur la participation effective des minorités », en ligne : http://www.osce.org/documents/hcnm/1999/09/2698_fr.pdf, dernier accès 6 février 2009.

³² *H.N. c. Québec*, 2007 JQ 1111, en appel devant la Cour suprême du Canada.

³³ Pierre Foucher, « Les ayants-droit : définir l'identité constitutionnelle des francophones », à paraître dans les actes du colloque « Produire et reproduire la francophonie en la nommant » tenu à Ottawa en mai 2008.

l'alphabétisation³⁴. Enfin, la condition « là où le nombre le justifie » n'est pertinente que pour les moyens de mise en œuvre d'un droit qui appartient à chaque ayant-droit et aurait été implicitement intégré à l'article 23 de toute manière; elle ne joue plus aucun rôle utile. Le moment viendra où l'article 23 devra être réévalué pour voir si, dans sa formulation présente, il correspond toujours aux besoins des communautés linguistiques.

La *Charte* pourrait comprendre un droit à des soins de santé dans sa langue. Ce droit, non encore reconnu, fait pourtant partie des revendications de plus en plus pressantes des communautés linguistiques. Partout au pays, la santé dans la langue de la minorité est un enjeu majeur.

Les provinces qui disposent de lois sur les services en français pourraient considérer la possibilité de se lier à une version des articles 16 à 20 qui serait adaptée à leur régime linguistique, de manière à pérenniser celui-ci et lui donner le statut de garantie constitutionnelle et l'accès aux remèdes qui accompagnent ce statut. De même, on peut s'attendre à ce qu'à moyen terme, les territoires (le Nunavut au premier chef) demandent que les langues autochtones acquièrent un statut constitutionnel sur leur territoire. La structure constitutionnelle du Canada le permet.

B - Les lois

Un premier volet qui nécessitera de l'attention consiste justement à harmoniser les régimes linguistiques fédéral et provinciaux afin de s'assurer qu'aucune perte de droits linguistiques ne résulte d'un transfert de compétences ou de responsabilités administratives. Le fédéralisme exécutif canadien est enchevêtré. L'exécution des programmes ne relève pas nécessairement d'un lieu unique. Malgré des arrêts qui semblent indiquer une certaine protection juridique minimale³⁵, la situation demeure encore confuse³⁶. Les lois linguistiques devraient contenir une

³⁴ Rodrigue Landry et Serge Rousselle, *Au-delà de l'article 23*, Moncton, Éditions de la francophonie, 2003.

³⁵ *Canada (Commissaire aux langues officielles c. Canada (Ministère de la Justice)*, 2001 CFPI 231 (Affaire des contraventions); *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick c. Canada (G.R.C.)*, 2008 CSC 15; *Doucet c. Canada*, [2005] 1 R.C.F. 671.

³⁶ *Lavigne c. Canada*, [2002] 1 C.F. 164.

« clause de la meilleure protection » indiquant qu'en cas de conflit entre le régime linguistique fédéral et un régime linguistique provincial, c'est le régime linguistique le plus apte à promouvoir l'objectif de promotion et développement des communautés linguistiques qui prévaudra. Cette clause devra être ajustée à la réalité québécoise³⁷.

Les lois provinciales doivent maintenant se préoccuper des municipalités. Celles-ci jouent en effet un rôle grandissant dans le développement culturel local, en plus de jouer un rôle de premier plan dans l'aménagement linguistique (affichage, toponymie, notamment). Il revient donc aux gouvernements provinciaux de supporter l'action des municipalités qui posent des gestes positifs, ainsi que de leur imposer des normes au besoin pour contrer la volonté parfois défaillante des élus locaux³⁸.

De même, une politique intégrée d'aménagement linguistique qui veut atteindre ses objectifs doit nécessairement intervenir dans la sphère privée. Seule la *Charte de la langue française du Québec* le fait de façon systématique; le Nouveau-Brunswick et le palier fédéral ont quelques dispositions à cet effet³⁹. Les ordres professionnels, les contrats d'adhésion, les documents nécessitant un enregistrement officiel pour leur validité ou leur force exécutoire, la protection du consommateur, autant de champs qui requièrent l'attention du législateur provincial.

Sur le plan fédéral, quelques éléments peuvent être améliorés. Les droits linguistiques des accusés ne devraient pas se limiter à l'enquête préliminaire et au procès mais englober tous les incidents de l'instance et s'étendre aux appels. L'aide juridique en matière criminelle devrait être assujettie à des normes qui permettent aux accusés d'exercer efficacement leurs droits linguistiques. Les droits linguistiques devraient s'étendre aux procédures en faillite et en divorce, deux secteurs de compétence fédérale dont les normes sont appliquées par des tribunaux relevant de la province. Le règlement fédéral sur les services obéit à des critères rigides; il pourrait s'élargir pour tenir compte de la réalité vécue

³⁷ Pierre Foucher, « La double dualité du Canada et ses conséquences juridiques » dans Pierre Thibault, Benoît Pelletier, Louis Perret, dir., *Les défis du constitutionnalisme, mélanges Gérard A Beaudoin*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002 aux pp. 163-203.

³⁸ Voir les articles 35 à 39 de la nouvelle *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick* de 2002.

³⁹ Voir Robert Leakey et Emmanuel Didier, *Le droit linguistique privé*, dans Michel Bastarache, dir., *Droits linguistiques au Canada*, 2^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2004.

par les communautés. Les obligations juridiques ne devraient pas être modifiées à chaque réorganisation administrative, à chaque regroupement de services ministériels, à chaque déménagement de bureaux fédéraux, à chaque modification de territoire desservi par un bureau fédéral. Enfin les exigences linguistiques des candidates et candidats à la magistrature devraient faire l'objet d'une norme, soit dans la loi elle-même, soit à titre de critère minimal pour poser sa candidature, avec un mécanisme d'évaluation idoine.

Enfin les recours ont besoin de réflexion. Les affaires *Doucet-Boudreau*⁴⁰ et *Fédération franco-ténoise*⁴¹ ont posé certaines balises, mais il reste encore du travail, entre autres pour consolider le recours aux injonctions structurelles et aux dommages-intérêts, de nature punitive au besoin. Les violations de droits linguistiques entraînent souvent des conséquences collectives. Notre arsenal de remèdes monétaires est résolument individualiste. Il faudra trouver des moyens de refléter la dimension collective de l'enjeu de réparation « convenable et juste ».

L'institution des commissaires aux langues officielles se répand : il y en a maintenant en Ontario, au Nunavut, aux Territoires du Nord-Ouest, au Nouveau-Brunswick. Chaque juridiction disposant d'un régime juridique en matière linguistique devrait aussi pouvoir compter sur les services de cet « ombudsman linguistique »⁴², qui rend de grands services aux communautés lorsqu'il est doté de ressources et de moyens juridiques suffisants pour accomplir sa tâche⁴³.

CONCLUSION

Les droits linguistiques ont finalement réussi à diffuser les tensions sociales qu'ils engendraient à la fin du 19^e siècle et que l'on a vu

⁴⁰ *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse*, [2003] 3 R.C.S. 3.

⁴¹ *Fédération franco-ténoise c. Territoires du Nord-Ouest*, 2006 NWTSC 20, confirmé en appel sur les remèdes à 2008 NWTCA 6.

⁴² Voir *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773.

⁴³ Les deux territoires ont confié la fonction « promotion » des langues à un ministre des langues, laissant la fonction « enquête et recommandation » au commissariat. Les autres commissaires assument un mandat de promotion dont ils se servent abondamment, avec raison d'ailleurs, détachés des contingences de la partisanerie politique.

ressurgir dans la décennie 1980. C'est grandement dû à la jurisprudence. C'est aussi dû à leur nature et au rôle que peut jouer le droit dans la société. Cependant, ces droits n'ont pas encore réussi à freiner les tendances démographiques lourdes que révèlent chacun des recensements.

Cela tient d'abord à l'éventail de ces droits. Ils sont encore trop disparates, trop limités dans leur portée et mis en œuvre avec trop de timidité. Il a fallu des arguments ingénieux et vigoureux pour transformer ce qui, à leur lecture, semblait un arsenal de droits individuels en droits destinés à protéger des communautés linguistiques. L'apathie des gouvernements et leur propension à interpréter ces droits de manière minimaliste ont conduit à un accroissement de l'implication judiciaire. Les instances politiques et administratives doivent donc prendre le relais.

Cela tient ensuite à ce que le droit, en tant que système, peut et ne peut pas faire. Il ne faut pas demander au droit de définir la vie quotidienne dans une école de langue française, ou au sein d'un bureau gouvernemental qui offre des services en français aux communautés. Le droit peut établir le cadre et les limites, mais il revient aux intervenants de donner vie à ces garanties.

Enfin, nous n'avons pas encore pris toute la mesure des développements dans le nord. Les langues autochtones sont appelées à faire une entrée remarquée dans le domaine des droits linguistiques au Canada. Il reste à voir comment cette percée influencera le système de bilinguisme officiel canadien.