

MODIFICATIONS À LA PARTIE VII DE LA LOI SUR LES LANGUES OFFICIELLES : L'OBLIGATION DE CONSULTER

Serge Rousselle*

INTRODUCTION

Par l'entremise des modifications apportées à la *Loi sur les langues officielles* (LLO) en novembre 2005, il ne fait désormais plus aucun doute que les institutions fédérales doivent prendre des mesures positives pour mettre en oeuvre et concrétiser l'engagement du gouvernement du Canada à favoriser le développement durable des minorités de langues officielles au pays et à promouvoir la dualité linguistique canadienne¹. Cette obligation positive, qui ressort clairement du nouveau paragraphe 41(2) de la *Loi*, est d'autant plus importante qu'elle est justiciable compte tenu que la partie VII de la *Loi* dans laquelle elle s'insère peut désormais être sujette à un recours devant le tribunal aux termes d'une modification apportée au paragraphe 77(1) de la *Loi*².

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Moncton

¹ *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, (4^e suppl.), c. 31, art. 41; L.C. 2005, c. 41, art. 1; L.C. 2006, c. 9, art. 21. Ce nouvel article 41 de la *Loi* se lit désormais comme suit avec l'ajout des paragraphes 2 et 3 (en caractère gras) : « (1) Le gouvernement fédéral s'engage à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada et à appuyer leur développement, ainsi qu'à promouvoir la pleine reconnaissance et l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne. (2) **Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que soient prises des mesures positives pour mettre en oeuvre cet engagement. Il demeure entendu que cette mise en oeuvre se fait dans le respect des champs de compétence et des pouvoirs des provinces.** (3) Le gouverneur en conseil peut, par règlement visant les institutions fédérales autres que le Sénat, la Chambre des communes, la Bibliothèque du Parlement, le bureau du conseiller sénatorial en éthique et le bureau du commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique, fixer les modalités d'exécution des obligations que la présente partie leur impose ».

² *Ibid.* au para. 77(1) qui se lit désormais comme suit, la modification apportée étant en caractère gras : « Quiconque a saisi le commissaire d'une plainte visant une obligation ou un droit prévus aux articles 4 à 7 et 10 à 13 ou aux parties IV, V, **ou VII**, ou fondée

Dans un tel contexte, il revient maintenant aux institutions fédérales d'être bien au fait des exigences juridiques de cette obligation positive et d'y satisfaire pleinement au risque d'être sanctionnées par le tribunal compétent. Dans cette optique, au-delà d'une nécessaire sensibilisation des institutions fédérales à leurs responsabilités en la matière, il y a d'abord lieu de se poser quelques questions afin de clarifier le contenu de la portée exécutoire de ce nouvel engagement pris par le gouvernement fédéral, ainsi que ses modalités de mise en œuvre et ses circonstances d'application.

Or, en faisant le parallèle entre la jurisprudence de la Cour suprême du Canada relative au droit constitutionnel des peuples autochtones au pays³ et celle relative aux droits linguistiques constitutionnels et quasi constitutionnels des communautés minoritaires de langues officielles⁴, il appert que ces dernières doivent être consultées et que le gouvernement fédéral a l'obligation positive de tenir compte de leurs préoccupations pour que soient respectées les exigences clairement exprimées au paragraphe 41(2) de la *Loi*.

I - LA PORTEE DU PARAGRAPHE 41(2) DE LA LLO

Le parallèle qui existe entre la démarche qu'utilise la Cour suprême pour interpréter les droits constitutionnels des peuples autochtones et ceux des communautés minoritaires de langue officielle est frappant. Ainsi, tant dans la justification qu'elle donne à ces droits que dans les moyens de leur mise en œuvre qu'elle préconise, il existe

sur l'article 91, peut former un recours devant le tribunal sous le régime de la présente partie ».

³ Cette jurisprudence a trait au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui reconnaît et confirme les droits existants – ancestraux et issus de traités – des peuples autochtones.

⁴ La jurisprudence récente, à cet égard, interprète plus particulièrement les articles 16 et 23 de la *Loi constitutionnelle de 1982* –qui prévoient respectivement que les deux langues officielles du pays ont un statut et des droits et privilèges égaux et le droit pour les enfants des parents de la minorité linguistique d'une province, lorsque le nombre le justifie, à un enseignement dans leur langue–, ainsi que l'article 530 du *Code criminel* qui a trait au droit d'un accusé de bénéficier d'un procès dans la langue officielle de son choix.

des similitudes étonnantes⁵. En ce sens, dans la première partie de notre analyse, nous allons nous attarder à ces justifications et à ces moyens de mise en œuvre, pour être mieux à même d'apprécier le chemin à suivre que trace la Cour pour interpréter et donner vie au nouveau paragraphe 41(2) de la *Loi sur les langues officielles*.

Fort du parallèle clairement établi entre l'interprétation des droits des peuples autochtones et ceux des communautés minoritaires de langues officielles, ce chemin indique sans équivoque une obligation positive des institutions fédérales de consulter et de tenir compte honorablement et équitablement du point de vue des communautés minoritaires de langue officielle pour qu'elles arrivent à s'épanouir et à se développer durablement. Dans cette optique, dans la seconde partie de notre analyse, nous verrons que la Cour fournit de très bons indices du contenu de cette obligation qu'exige, selon nous, le nouveau libellé de l'article 41 de la *Loi*, ce qui paraît d'autant plus important compte tenu de sa justiciabilité désormais clairement exprimée.

A - Un parallèle évident

(1) La justification des droits en cause

Une disposition constitutionnelle devant être interprétée en fonction de l'objet qu'elle vise à protéger, la Cour suprême du Canada fait appel à trois motifs pour justifier l'existence des droits des peuples autochtones et ceux des communautés minoritaires de langues officielles.

Le premier motif invoqué a trait à l'histoire malheureuse des peuples et des communautés en cause : leurs droits visent à remédier à des injustices historiques et à mettre fin à l'érosion progressive de leurs cultures en vue de favoriser leur développement durable. Ainsi, par exemple, les droits ancestraux visent à reconnaître que les peuples autochtones habitaient déjà le territoire lors de l'arrivée des Européens et possédaient leurs propres cultures distinctives qui, quoique malheureusement malmenées au cours des derniers siècles, méritent

⁵ Serge Rousselle, *La diversité culturelle et le droit des minorités : une histoire de développement durable*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006 aux pp. 259-295.

d'être pleinement reconnues et confirmées⁶. De même, en ce qui a trait aux communautés minoritaires de langues officielles, leurs droits linguistiques visent à combler des insuffisances en vigueur, qu'il suffise pour s'en convaincre de mentionner les innombrables lacunes des systèmes éducatifs provinciaux⁷. À cet égard, force est de constater l'objet réparateur de ces divers droits culturels qui, pour paraphraser la Cour suprême, cherchent à apporter une réparation dans la structure inachevée des droits fondamentaux⁸.

Ce premier motif, qui se fonde sur des injustices passées à corriger pour permettre l'existence de droits culturels spécifiques à certaines communautés, mène tout droit à la deuxième justification de leur existence, soit une volonté ferme de vouloir atteindre l'égalité réelle entre la majorité et les groupes minoritaires visés. Autrement dit, l'objet culturel et réparateur des droits en cause ne vise pas à renforcer le statu quo, mais à corriger des lacunes historiques afin d'en arriver à un développement durable des peuples autochtones et des communautés minoritaires de langues officielles par l'atteinte d'une égalité réelle entre ces groupes minoritaires et la majorité.

Ainsi, en ce qui a trait aux peuples autochtones, la Cour suprême ne cesse de rappeler l'importance de tenir compte de façon égale de leurs points de vue dans l'interprétation de leurs droits constitutionnels, que ce soit leurs droits ancestraux ou leurs droits issus de traités⁹, ou encore dans le fait que le titre aborigène est capable d'entrer en concurrence à force égale avec d'autres droits de propriété non autochtones¹⁰. De

⁶ R. c. *Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507 aux para. 30-43 [*Van der Peet*]; *Première nation crie Mikisew c. Canada* (Ministre du Patrimoine canadien), [2005] 3 R.C.S. 388 au para. 1 [*Mikisew*].

⁷ P.G. (Québec) c. *Quebec Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 67 à la p. 79 [*Quebec Protestant School Boards*]; *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342 aux pp. 363-364 [*Mahe*]; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, [1993] 1 R.C.S. 839 à la p. 850 [*Renvoi manitobain de 1993*]; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3. au para. 27 [*Arsenault-Cameron*]; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3 aux para. 3 et 27 [*Doucet-Boudreau*]; *Solski* (Tuteur de) c. P.G. (Québec), [2005] 1 R.C.S. 201 au para. 21 [*Solski*].

⁸ R. c. *Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768 au para. 23 [*Beaulac*].

⁹ Voir par ex. *Van der Peet*, *supra* note 6 aux para. 49-50; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 aux para. 81-82 [*Delgamuukw*]; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911 aux para. 39 et 51 [*Mitchell*]; R. c. *Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393 au para. 24 [*Sundown*]; R. c. *Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456 au para. 19 [*Marshall* N° 1].

¹⁰ *Delgamuukw*, *ibid.* au para. 113.

même, compte tenu de l'inégalité historique des peuples autochtones, les jugements de la Cour suprême portent en filigrane cette notion fondamentale d'égalité réelle en reconnaissant aux peuples autochtones des droits prioritaires dans l'exploitation de certaines ressources naturelles¹¹, et ce, dans l'optique de contrer la vulnérabilité de leurs cultures minoritaires « face aux tendances assimilatrices de la majorité »¹².

Dans le même ordre d'idées, dans le domaine des droits des communautés minoritaires de langues officielles, la Cour a clairement exprimé l'idée selon laquelle la norme applicable est l'égalité réelle, en prenant bien soin de souligner que cette notion n'a pas un sens plus restreint en matière linguistique¹³. C'est pourquoi, par exemple dans le contexte du droit à l'éducation dans la langue de la minorité, elle a précisé que ce droit « repose sur la prémisse que l'égalité réelle exige que les minorités de langue officielle soient traitées différemment, si nécessaire, suivant leur situation et leurs besoins particuliers, afin de leur assurer un niveau d'éducation équivalent à celui de la majorité de langue officielle »¹⁴. Ainsi, pour le plus haut tribunal au pays, « [c]e principe d'égalité réelle a une signification. Il signifie notamment que les droits linguistiques de nature institutionnelle exigent des mesures gouvernementales pour leur mise en œuvre et créent, en conséquence, des obligations pour l'État »¹⁵.

Cette vision des droits des peuples autochtones et des communautés minoritaires de langues officielles n'a rien de surprenant quand on s'attarde au troisième motif justifiant leur existence, soit la valeur intrinsèque de la culture. Selon la Cour suprême du Canada, ces droits existent afin de contribuer au maintien et à l'épanouissement de ces peuples et de ces communautés. Ce faisant, non seulement ces droits visent à corriger une situation historique inacceptable et à en arriver à une égalité réelle, mais la Cour reconnaît également qu'ils existent pour

¹¹ *Ibid.* aux para. 162-164 ; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 aux pp. 1114-1119 [*Sparrow*]; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723. aux para. 62-64 [*Gladstone*]; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533 aux para. 41-43 [*Marshall* N° 2].

¹² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 au para. 74; Will Kymlicka, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, trad. par Patrick Savidan, Montréal, Boréal/La Découverte, 2001 à la p. 160.

¹³ *Beaulac*, *supra* note 8 au para. 22.

¹⁴ *Arsenault-Cameron*, *supra* note 7 au para. 31.

¹⁵ *Beaulac*, *supra* note 8 au para. 24.

préserver la biodiversité humaine et permettre l'épanouissement des écosystèmes culturels dans l'optique du développement durable des cultures en cause.

À cet égard, dans le cadre de cette logique identitaire, la Cour en vient à conclure, par exemple, que les droits ancestraux visent à reconnaître les éléments fondamentaux des sociétés autochtones préexistantes qui sont en quelque sorte l'âme de leur identité culturelle¹⁶. De même, tout en précisant que la langue constitue un moyen d'exprimer son identité culturelle, elle énonce clairement « la nécessité d'interpréter les droits linguistiques comme un outil essentiel au maintien et à la protection des collectivités de langues officielles là où ils s'appliquent »¹⁷. En ce sens, il n'est pas surprenant que la Cour mentionne dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* l'importance du principe du constitutionnalisme pour assurer un espace identitaire vital aux minorités étant donné qu'une constitution, comme c'est le cas au Canada, « peut chercher à garantir que des groupes minoritaires vulnérables bénéficient des institutions et des droits nécessaires pour préserver et promouvoir leur identité propre face aux tendances assimilatrices de la majorité »¹⁸.

(2) Les moyens de mise en œuvre des droits

Cela dit, l'analyse des décisions de la Cour suprême ayant trait aux droits des peuples autochtones et à ceux des communautés minoritaires de langues officielles permet non seulement de découvrir que les mêmes motifs justifient l'existence de ces différents droits, mais procure également une marche à suivre étonnamment similaire pour que ceux-ci prennent vie et soient pleinement reconnus en pratique. Dans cette optique, la Cour prend soin de préciser que cette marche à suivre constitue un guide pour les acteurs gouvernementaux qui doivent

¹⁶ *Sparrow*, supra note 11 à la p. 1099 ; *Van der Peet*, supra note 6 aux para. 43-45 et 55-56 ; *Mitchell*, supra note 9 au para. 12 ; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139 au para. 51.

¹⁷ *Beaulac*, supra note 8 au para. 25. Pour plus de clarté, la Cour souligne également dans ce paragraphe que « [l]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 langues officielles au Canada ».

¹⁸ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, supra note 12 au para. 74.

prendre les décisions visant à donner pleinement effet aux droits reconnus dans la loi fondamentale du pays¹⁹.

À cet égard, la Cour énonce que la mise en œuvre concrète des droits garantis aux peuples autochtones et aux communautés minoritaires de langues officielles impose à l'État une obligation positive d'agir équitablement et honorablement dans le meilleur intérêt des collectivités visées afin de favoriser le développement durable de leur culture minoritaire. Ainsi, s'agissant des droits des peuples autochtones qui mettent toujours en jeu l'honneur de la Couronne, celui-ci implique habituellement une obligation de fiduciaire de l'État qui l'oblige à agir « dans le meilleur intérêt du groupe autochtone »²⁰. De même, s'agissant des droits des communautés minoritaires de langues officielles, la Cour fait référence à des actions gouvernementales qui favoriseront le mieux l'épanouissement durable de ces minorités²¹. Autrement dit, dans un cas comme dans l'autre et compte tenu du contexte propre à chaque situation, les gouvernements ont l'obligation d'examiner ce qui favorisera « le mieux l'épanouissement et la préservation de la minorité »²² en cause.

Pour ce faire, à la lumière d'une interprétation large et libérale des droits garantis²³, l'État a l'obligation d'interpréter ces droits avec souplesse et flexibilité afin, d'une part, de répondre aux diverses situations qui peuvent se présenter et, d'autre part, de favoriser pleinement le développement durable des cultures des peuples et des communautés qui leur donnent vie. En d'autres termes, aux yeux de la Cour suprême, une approche contextuelle souple et flexible semble fondamentale pour assurer le plein respect des droits des peuples

¹⁹ *Arsenault-Cameron*, *supra* note 7 aux para. 29-30 ; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441 ; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

²⁰ *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511 au para. 18 [*Nation haïda*]. Notons que cette obligation de fiduciaire s'applique généralement au paragraphe 35(1) quoique dans le cas des droits potentiels protégés par cette disposition, ceux-ci ne sont pas encore « suffisamment précis pour que l'honneur de la Couronne oblige celle-ci à agir comme fiduciaire » : *ibid.*

²¹ *Renvoi manitobain de 1993*, *supra* note 7 aux pp. 850-851 ; *Arsenault-Cameron*, *supra* note 7 au para. 51.

²² *Arsenault-Cameron*, *ibid.* au para. 51.

²³ Voir par ex. : *Sparrow*, *supra* note 11 à la p. 1106 ; *Beaulac*, *supra* note 8 au para. 25 ; *Doucet-Boudreau*, *supra* note 7 aux para. 23-24 ; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 aux pp. 155-156 ; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 à la p. 344.

autochtones et ceux des communautés minoritaires de langues officielles²⁴.

De plus, pour autant que la situation s'y prête, la marche à suivre que dicte la Cour suprême pour respecter ces droits culturels accorde également une grande importance à une participation équitable des collectivités en cause à la gestion de l'exercice de ces droits ainsi qu'à l'accès aux ressources nécessaires à cet exercice. Ainsi, toute décision relative à l'exercice des droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones revient à la collectivité autochtone en cause²⁵ et ces droits donnent généralement un accès prioritaire aux ressources naturelles qui sont nécessaires à l'exercice de ces droits²⁶. De même, pour citer l'exemple des obligations positives de l'État relatives au droit pour les communautés minoritaires de langues officielles à une éducation dans leur langue, la Cour leur reconnaît un pouvoir exclusif de gestion et de contrôle sur tous les aspects de l'éducation qui concernent leur langue et leur culture²⁷, ainsi que l'accès à un financement adéquat correspondant à leur droit à des services éducatifs et à un espace identitaire distincts²⁸.

Cela dit, pour le plus haut tribunal du pays, le principe de la participation à la gestion et à l'accès aux ressources constitue une condition essentielle d'une intégration équitable des collectivités en cause dans l'ensemble canadien. En ce sens, tant dans ses décisions touchant les peuples autochtones que dans celles ayant trait aux communautés minoritaires de langues officielles, la Cour suprême manifeste la volonté de parvenir à une grande réconciliation nationale afin de mettre fin à des injustices historiques et en arriver à une égalité réelle sur la route d'une plus grande cohésion sociale. Ainsi, par exemple, elle reconnaît que les droits ancestraux sont des droits

²⁴ Voir par ex. *Sparrow*, *supra* note 11 à la p. 1093; *Van der Peet*, *supra* note 6 aux para. 64-65; *Delgamuukw*, *supra* note 9 au para. 159; *Mahé*, *supra* note 7 aux p. 385-386; *Renvoi manitobain de 1993*, *supra* note 7 aux pp. 857-858; *Arsenault-Cameron*, *supra* note 7 au para. 46; *Solski*, *supra* note 7 aux para. 37 et 44.

²⁵ Dans le cas des droits issus de traités, voir par exemple *Marshall N° 1*, *supra* note 9 au para. 17 et, dans celui des droits ancestraux, voir *Delgamuukw*, *supra* note 9 au para. 115.

²⁶ *Delgamuukw*, *ibid.* aux para. 162-164; *Sparrow*, *supra* note 11 aux pp. 1114-1119; *Gladstone*, *supra* note 11 au par. 62-64; *Marshall N° 2*, *supra* note 11 au par. 41-43.

²⁷ *Mahe*, *supra* note 7 aux pp. 371-372; *Arsenault-Cameron*, *supra* note 7 aux para. 43-46; *Renvoi manitobain de 1993*, *supra* note 7 à la p. 862.

²⁸ Voir par ex. : *Renvoi manitobain de 1993*, *supra* note 7 aux pp. 850, 853-855 et 862-863; *Mahé*, *supra* note 7 aux pp. 363, 376 et 378; *Arsenault-Cameron*, *supra* note 7 au para. 27.

intersociétaux qui visent à concilier la préexistence des sociétés autochtones avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne sur le territoire et qui tiennent pleinement et également compte du point de vue autochtone pour autant que ce point de vue soit « exprimé de manière compatible avec l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada »²⁹. De même, la Cour a clairement énoncé que le droit à l'éducation dans la langue de la minorité visait à corriger les injustices du passé et à faire des communautés minoritaires de langues officielles des « partenaires égaux »³⁰.

(3) *Les leçons à tirer de ce parallèle*

Somme toute, la première partie de cette analyse nous enseigne quelques notions fondamentales qui ressortent autant des décisions relatives aux droits des peuples autochtones que de celles relatives aux droits des communautés minoritaires de langues officielles. Ainsi, s'agissant des justifications données à la reconnaissance de ces différents droits culturels, on retrouve l'importance du rôle de l'histoire, le désir d'en arriver à une égalité réelle et de réparer les injustices du passé, ainsi que la valeur intrinsèque de la culture pour le développement durable des collectivités en cause au bénéfice d'une réconciliation nationale.

S'agissant de leur mise en œuvre concrète et compte tenu des justifications données à la reconnaissance de ces droits, la Cour privilégie, à la lumière d'une interprétation large et libérale, une approche contextuelle souple et flexible qui reconnaît pleinement l'obligation positive du gouvernement d'agir équitablement et honorablement pour favoriser au mieux l'épanouissement et le développement durable de ces collectivités sur la route de l'égalité réelle. Dans ce contexte, dans l'optique d'une réconciliation nationale, la Cour met en évidence l'importance d'une participation équitable de ces collectivités à l'exercice de la gestion des droits en cause et à leur accès aux ressources nécessaires à cet exercice.

²⁹ *Van der Peet*, supra note 6 au para. 49.

³⁰ *Mahé*, supra note 7 aux p. 363-364; *Arsenault-Cameron*, supra note 7 aux para. 26-27; *Quebec Protestant School Boards*, supra note 7 à la p. 79; *Renvoi manitobain de 1993*, supra note 7 à la p. 850; *Doucet-Boudreau*, supra note 7 aux para. 3 et 27; *Solski*, supra note 7 au para. 21.

À cet égard, quoique la jurisprudence portant sur les droits des communautés minoritaires de langues officielles soit moins volumineuse que celle portant sur les droits des peuples autochtones, il est frappant de remarquer à quel point, dans un cas comme dans l'autre et en présence de cultures et de dispositions différentes, la Cour suprême en arrive à des principes qui sont étonnamment similaires, tant pour la justification de l'existence des droits en cause que pour les moyens de leur mise en œuvre qui doivent guider les pouvoirs publics canadiens dans le plein respect de ces droits.

Dans cet esprit, il est permis de penser que l'obligation de la Couronne – et donc du gouvernement – de consulter les peuples autochtones quand elle touche à leurs droits ancestraux et issus de traités, fussent-ils potentiels³¹, doit exister également quand les institutions fédérales s'apprêtent à mettre en œuvre des mesures positives pour respecter l'engagement prévu au paragraphe 41(2) de la *Loi sur les langues officielles*.

À ce sujet, il est intéressant de noter que l'origine historique de l'obligation de consulter et de tenir compte des préoccupations des peuples autochtones découle, selon la Cour suprême, du principe de l'honneur de la Couronne³². Ce principe, qui oblige le gouvernement à agir équitablement et honorablement dans tous ses rapports avec les peuples autochtones, tire son origine de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne sur le territoire, un fait qui doit être concilié avec la préexistence des sociétés autochtones³³. Or, il ne fait aucun doute que s'il existe d'autres collectivités qui doivent bénéficier de cette obligation du gouvernement d'agir équitablement et honorablement, ce sont, sans contredit, les communautés minoritaires de langues officielles. Tout comme les peuples autochtones, au-delà d'avoir également été présentes sur le territoire lors de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne et d'avoir subi des injustices historiques³⁴, elles se sont vu octroyer des

³¹ Voir : *Nation haïda*, *supra* note 20 ; *Première nation Tlingit de Taky River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550 [*Première nation Tlingit*].

³² *Nation haïda*, *ibid.* au para. 16.

³³ *Première nation Tlingit*, *supra* note 31 au para. 24 ; *Nation haïda*, *ibid.* au para. 17.

³⁴ Pour reprendre une citation de la Cour suprême du Canada dans le contexte des peuples autochtones, force est de constater que plusieurs communautés minoritaires de langues officielles ont « payé chèrement leur droit à un comportement honorable de la part de la Couronne » : *Mikisew*, *supra* note 6 au par. 52.

droits qui ont, à ce jour, reçus un traitement similaire de la part du plus haut tribunal au pays.

D'ailleurs, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême reconnaît que la protection des droits des minorités, au nombre desquels elle inclut les droits des peuples autochtones et ceux des communautés minoritaires de langues officielles, a été un facteur essentiel dans l'élaboration de notre structure constitutionnelle et que l'engagement pris envers eux, en dépit d'un passé qui n'est pas irrécusable, reflète une valeur constitutionnelle importante au pays³⁵. Ainsi, pour respecter équitablement et honorablement cet engagement, différentes actions étatiques s'avèrent nécessaires et compte tenu de la similarité de l'analyse qui justifie les droits des deux groupes en cause, tout porte à croire que, le moment venu, la Cour reconnaîtra également aux communautés minoritaires de langues officielles le droit d'être consultées et l'obligation de tenir compte de leurs préoccupations dans son interprétation du paragraphe 41(2) conformément à l'enseignement qui ressort de son analyse du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Ce point de vue est conforté par l'importance qu'accorde la Cour suprême à la participation des communautés minoritaires de langues officielles à la gestion et au contrôle de l'éducation dans leur langue. Selon la Cour, dans le respect de l'article 23 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, cette participation est fondamentale car personne ne connaît mieux leurs réalités et n'est mieux placé pour identifier leurs besoins identitaires que ces communautés elles-mêmes³⁶. Ainsi, aux yeux du plus haut tribunal au pays, pour assurer leur vitalité linguistique et culturelle, il est essentiel que les représentants de ces communautés participent à la détermination de leurs besoins et à l'établissement de structures et de services qui répondent le mieux possible à ces besoins³⁷. Comme le dit si bien la Cour :

Cette gestion et ce contrôle sont vitaux pour assurer
l'épanouissement de leur langue et de leur culture. [...]

³⁵ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 12 aux para. 79-82.

³⁶ Voir par exemple : *Arsenault-Cameron*, *supra* note 7 en général et plus spécifiquement aux para. 43-46 et 57.

³⁷ *Renvoi manitobain de 1993*, *supra* note 7 à la p. 862; *Mahé*, *supra* note 7 aux pp. 374-376 et 379.

En outre, comme l'indique le contexte historique dans lequel l'art. 23 a été adopté, les minorités linguistiques ne peuvent pas être toujours certaines que la majorité tiendra compte de toutes leurs préoccupations linguistiques et culturelles. Cette carence n'est pas nécessairement intentionnelle : on ne peut attendre de la majorité qu'elle comprenne et évalue les diverses façons dont les méthodes d'instruction peuvent influencer sur la langue et la culture de la minorité³⁸.

Suivant cette logique, il appert que non seulement une participation des communautés minoritaires de langues officielles est essentielle à leur épanouissement, mais que cette participation est vitale pour réparer les injustices historiques en s'assurant que leurs besoins identitaires particuliers sont une considération de premier plan³⁹.

Appliquant ces préceptes à l'interprétation que doit recevoir le nouveau paragraphe 41(2) de la *Loi sur les langues officielles*, il ressort clairement que l'obligation des institutions fédérales de prendre des mesures positives pour favoriser l'épanouissement et pour appuyer le développement des communautés minoritaires de langues officielles comprend l'obligation de consulter ces communautés, afin que celles-ci puissent identifier leurs besoins et soient en mesure d'indiquer quelles politiques, quels services et quelles structures répondent le mieux possible à ces besoins.

Cela est d'autant plus vrai que le nouveau paragraphe 41(2) se trouve dans une loi quasi constitutionnelle faisant partie de l'arsenal des droits linguistiques qui doivent en tout temps, selon la Cour suprême, être interprétés comme les droits constitutionnels dont nous avons parlés, « de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langues officielles au Canada »⁴⁰. En ce sens, ce n'est pas sans raison que la Cour a précisé que, loin d'être sources d'accommodements ou de privilèges, les dispositions linguistiques créent des droits positifs qui obligent l'État à fournir les moyens de les exercer⁴¹.

³⁸ Mahé, *supra* note 7 aux pp. 371-372.

³⁹ Arsenault-Cameron, *supra* note 7 au para. 45.

⁴⁰ Beaulac, *supra* note 8 au para. 25 et, en général, aux para. 21-25; *Charlebois c. Saint John (Ville)*, [2005] 3 R.C.S. 563 au para. 54.

⁴¹ Beaulac, *ibid.* au para. 24.

B - La naissance, l'étendue et le contenu de l'obligation de consulter

Ayant conclu dans la partie précédente que le nouveau paragraphe 41(2) de la *Loi sur les langues officielles* impose à l'État canadien l'obligation de consulter et de tenir compte des préoccupations des communautés minoritaires de langues officielles, il nous revient maintenant de clarifier la portée de la mise en œuvre de cette obligation. Pour ce faire, en s'inspirant à bon droit, comme nous l'avons vu, du chemin tracé par la Cour suprême du Canada en matière de droits des peuples autochtones, il s'agit de définir le moment où cette obligation prend naissance, ainsi que de préciser son étendue et son contenu.

(1) La naissance de l'obligation de consulter et ses répercussions

En faisant le parallèle qui s'impose avec les droits des peuples autochtones et en paraphrasant la Cour suprême à cet égard, force est de constater que l'obligation des institutions fédérales de consulter les communautés minoritaires de langues officielles prend naissance lorsque ces institutions ont connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle de mesures gouvernementales susceptibles d'avoir un effet sur les intérêts de ces communautés⁴².

Dans cette optique, la Cour a d'ailleurs convenu que l'obligation de consulter est rapidement déclenchée, tout en précisant que l'étendue de cette obligation est « une question de degré »⁴³ qui va dépendre de l'évaluation préliminaire de la solidité des intérêts en cause des communautés visées et de la gravité des effets potentiels des mesures envisagées sur ces intérêts⁴⁴. Autrement dit, les mesures précises que doivent prendre les institutions fédérales pour respecter leur obligation de consulter sont fonction des circonstances propres à chaque situation, mais ces mesures doivent en tout temps être conformes à l'obligation de

⁴² *Nation haïda*, supra note 20 au para. 35 ; *Première nation Tlinglit*, supra note 31 au para. 25. Soulignons que, compte tenu des faits propres à ces deux causes, la Cour fait référence à des mesures susceptibles d'avoir un « effet préjudiciable », mais si l'on accepte que les communautés en cause sont les mieux placées pour identifier leurs besoins, tout porte à croire que, le cas échéant, toutes les mesures susceptibles d'avoir un effet sur leurs intérêts doivent déclencher l'obligation de consulter.

⁴³ *Mikisew*, supra note 6 au para. 54.

⁴⁴ *Delgamuukw*, supra note 9 au para. 168 ; *Nation haïda*, supra note 20 au para. 39 ; *Mikisew*, *ibid.* 6 au para. 63.

ces institutions d'agir équitablement et honorablement afin de respecter leur engagement envers les communautés minoritaires de langues officielles⁴⁵.

Ainsi, dans le cadre d'une analyse contextuelle souple et flexible que la Cour suprême applique sans cesse à l'interprétation large et libérale des droits des peuples autochtones et des communautés minoritaires de langues officielles, il ressort que le contenu de l'obligation de consulter varie selon les circonstances. À cet égard, dans l'optique d'une égalité réelle, la Cour suprême fait d'ailleurs référence à un continuum souple pour définir l'étendue de cette obligation et en arriver à l'objectif fondamental d'une véritable réconciliation nationale⁴⁶, tout en précisant que « [l]a souplesse ne réside pas tant dans le fait que l'obligation devient applicable (on envisage des mesures « susceptibles d'avoir un effet [sur un intérêt des communautés minoritaires de langues officielles]) que dans le contenu variable de l'obligation une fois que celle-ci s'applique »⁴⁷.

(2) *L'étendue et le contenu de l'obligation de consulter*

Compte tenu de l'importance d'un continuum souple pour respecter les exigences du paragraphe 41(2) de la *Loi sur les langues officielles*, en paraphrasant à nouveau la Cour suprême dans le contexte des droits des peuples autochtones, il est possible de résumer ce continuum et ainsi de définir l'étendue de l'obligation de consulter les communautés minoritaires de langues officielles à l'aide des trois éléments suivants :

1. À une extrémité du continuum, lorsque les intérêts en jeu sont peu importants pour le développement et l'épanouissement durables des communautés minoritaires et le risque d'atteinte à leurs intérêts faibles en raison de la mesure gouvernementale proposée, alors « les seules obligations qui pourraient incomber à la Couronne seraient d'aviser les intéressés, de leur communiquer des renseignements et de discuter avec eux

⁴⁵ *Nation haïda*, *ibid.* au para. 38 ; *Première nation Tlinglit*, *supra* note 31 au para. 25.

⁴⁶ Voir par ex. *Mikisew*, *supra* note 6 au para. 63.

⁴⁷ *Ibid.* au para. 34.

des questions soulevées par suite de l'avis. La [TRADUCTION] « "consultation", dans son sens le moins technique, s'entend de l'action de se parler dans le but de se comprendre les uns les autres » : T. Isaac et A. Knox, « The Crown's Duty to Consult Aboriginal People » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49, p. 61⁴⁸.

2. À l'autre extrémité, en tenant compte de la mesure gouvernementale envisagée, on retrouve les situations où des intérêts importants pour le développement durable des communautés minoritaires semblent à première vue clairement en jeu et l'atteinte potentielle à ces intérêts particulièrement graves. Dans de telles situations, « il peut s'avérer nécessaire de tenir une consultation approfondie [...]. Quoique les exigences précises puissent varier selon les circonstances, la consultation requise à cette étape pourrait comporter la possibilité de présenter des observations, la participation officielle à la prise de décisions et la présentation de motifs montrant que les préoccupations des [communautés minoritaires de langues officielles] ont été prises en compte et précisant quelle a été l'incidence de ces préoccupations sur la décision »⁴⁹.
3. « Entre les deux extrémités du continuum décrit précédemment, on rencontrera d'autres situations. Il faut procéder au cas par cas. Il faut également faire preuve de souplesse, car le degré de consultation nécessaire peut varier à mesure que se déroule le processus et que de nouveaux renseignements sont mis au jour. La question décisive dans toutes les situations consiste à déterminer ce qui est nécessaire pour préserver l'honneur de la Couronne et pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des [communautés minoritaires de langues officielles] »⁵⁰.

⁴⁸ *Nation haïda*, *supra* note 20 au para. 43.

⁴⁹ *Ibid.* au para. 44.

⁵⁰ *Ibid.* au para. 45.

À cet égard, pour agir honorablement et équitablement quant au contenu de cette obligation, il faut que les institutions fédérales procèdent, à tout le moins, à une véritable consultation menée de bonne foi dans l'intention de tenir réellement compte des préoccupations et des intérêts des communautés minoritaires de langues officielles⁵¹, ce qui signifie, entre autres, un processus qui consiste à :

- recueillir des renseignements pour mettre à l'épreuve les énoncés de politique;
- proposer des énoncés qui ne sont pas encore arrêtés définitivement;
- chercher à obtenir l'opinion des [communautés minoritaires de langues officielles] sur ces énoncés;
- informer les [communautés minoritaires de langues officielles] de tous les renseignements pertinents sur lesquels reposent ces énoncés;
- écouter avec un esprit ouvert ce que les [communautés minoritaires de langues officielles] ont à dire sans avoir à en faire la promotion;
- être prêt à modifier l'énoncé original;
- fournir une rétroaction tant au cours de la consultation qu'après la prise de décision⁵².

(3) L'obligation de prise en compte des préoccupations et des intérêts des communautés minoritaires de langue officielle

Ainsi, non seulement les institutions fédérales ont-elles l'obligation de consulter les communautés minoritaires de langues officielles, mais ces institutions doivent aussi prendre en compte leurs préoccupations et y donner suite dans les mesures positives qu'elles sont tenues de prendre aux termes du paragraphe 41(2). Autrement dit, dans

⁵¹ Voir par ex. *Ibid.* aux para. 46-47; *Mikisew*, *supra* note 6 au para. 55; *Delgamuukw*, *supra* note 9 au para. 168.

⁵² *Nation haïda*, *supra* note 20. au para. 46. Soulignons que la Cour a précisé que les garanties procédurales propres au droit administratif peuvent servir de guide quand vient le moment de respecter les exigences de ce processus relatif à l'obligation de consulter : *ibid.* au para. 41.

la perspective d'une réconciliation nationale, de véritables consultations impliquent la prise en compte des préoccupations et des intérêts des communautés visées et doivent mener, selon ce qui ressort des consultations, à la modification des mesures gouvernementales envisagées⁵³.

En ce sens, conscient que le gouvernement n'est pas en mesure d'apprécier pleinement l'effet qu'auront ses propres mesures sur le développement durable des communautés visées, les consultations sont une nécessité afin que les mesures gouvernementales répondent aux réalités et aux besoins de ces communautés, réalités et besoins qu'elles connaissent mieux que quiconque. Comme l'a très bien exprimé la Cour suprême dans le contexte de l'article 23 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, une telle participation des communautés minoritaires de langues officielles est essentielle pour identifier leurs besoins et déterminer les politiques, structures et services qui répondent le mieux possible à leur développement durable, afin d'en arriver à une réconciliation nationale en réparant les injustices du passé sur la route de l'égalité réelle⁵⁴.

(4) Une obligation de financement

Dans le cadre de cette obligation de consulter des institutions fédérales, il est vrai que les communautés minoritaires de langues officielles, par la voix de leurs représentants, ont également ce que l'on

⁵³ *Ibid.* aux para. 47 et 49. Il est intéressant de noter que, s'agissant des droits constitutionnels des peuples autochtones, la Cour suprême fait référence à une obligation d'accommodement pour expliciter cette nécessaire prise en compte de leurs points de vue à la suite de consultations véritables. Quoique l'auteur de ce texte ne soit pas entiché du mot accommodement, il faut savoir que, dans le contexte autochtone, la Cour est en présence de droits intersociétaux (parfois potentiels) pour lesquels elle cherche un équilibre, une conciliation, entre des intérêts qui peuvent être opposés, d'où l'emploi du terme accommodement au sens de mettre en accord, mettre en correspondance les uns avec les autres : *Ibid.* aux para. 49-50.

⁵⁴ Voir le texte correspondant aux notes 36-39. De plus, ce point de vue est confirmé dans une décision récente de la Cour suprême où, en faisant référence aux droits des peuples autochtones, elle prend appui sur un mémoire gouvernemental selon lequel « [d]ans la plupart, voire la totalité des cas, le gouvernement n'est pas en mesure d'apprécier l'effet qu'aura une prise projetée sur l'exercice, par les Indiens, de leurs droits de chasse, de pêche et de piégeage sans procéder à une consultation » : *Mikisew*, *supra* note 6 au para. 49.

pourrait appeler une obligation réciproque de faire part de leurs réalités, de leurs besoins et de leurs préoccupations⁵⁵.

Pour ce faire, force est de constater que le manque de ressources qui défavorise une des parties peut avoir un impact important sur une véritable participation à un processus consultatif. Pour s'assurer que les communautés visées puissent répondre convenablement à l'information fournie par les institutions fédérales de façon prompte et adéquate, elles doivent avoir les moyens d'analyser cette information et de comprendre comment les mesures proposées les affectent, ce qui peut exiger des expertises scientifiques, juridiques ou autres⁵⁶. Or, compte tenu de l'inégalité de pouvoir de l'une des parties et étant donné le grand nombre d'informations qui pourraient devoir être analysées, cela peut engendrer des coûts substantiels et ainsi un financement adéquat peut faire une différence entre une véritable consultation et une consultation pour la frime.

En ce sens, il est difficile d'imaginer qu'une obligation des institutions fédérales de consulter les communautés minoritaires de langues officielles ne comprenne pas également une obligation de financement afin de s'assurer que ces communautés participent adéquatement et pleinement au processus consultatif. Cela est conforme aux décisions de la Cour suprême en matière de droits des peuples autochtones et de ceux des communautés minoritaires de langues officielles qui ont constamment reconnu à ces collectivités l'accès aux ressources nécessaires à l'exercice de leurs droits comme nous l'avons vu précédemment⁵⁷. D'ailleurs, la Cour a clairement énoncé que les dispositions linguistiques créent des droits positifs aux termes desquels l'État doit fournir les moyens de les exercer⁵⁸.

⁵⁵ *Mikisew*, *supra* note 6 au para. 65.

⁵⁶ Dans le contexte autochtone, voir à ce sujet: Timothy Hoyer, « Honour of the Crown : The New Approach to Crown-Aboriginal Reconciliation », (2006) 21 W.R.L.S.I. 33.

⁵⁷ Voir le texte correspondant aux notes 25-28.

⁵⁸ *Beaulac*, *supra* note 8 au para. 24.

CONCLUSION

Dans l'interprétation à donner au nouveau paragraphe 41(2) de la *Loi sur les langues officielles*, de solides assises juridiques justifient l'obligation pour les institutions fédérales de consulter les communautés minoritaires de langues officielles et de tenir compte de leurs préoccupations pour pouvoir pleinement identifier leurs réalités et leurs besoins afin de leur assurer un épanouissement et un développement durable. Dans cette optique, quand les intérêts de ces communautés sont en jeu, que ce soit lors de l'élaboration de la planification stratégique des institutions fédérales ou encore lors de la mise sur pied de politiques, de programmes de services et de structures les concernant, leur participation est essentielle pour en arriver à une égalité réelle sur la route d'une réconciliation nationale⁵⁹.

D'ailleurs, dans *Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada* (Agence canadienne d'inspection des aliments), il est très révélateur que le juge Blais de la Cour fédérale, bien qu'ayant conclu a tort selon la Cour d'appel à une obligation exécutoire aux termes de l'ancien article 41, n'en avait pas moins exprimé l'idée que le gouvernement fédéral avait l'obligation de consulter les communautés minoritaires de langue officielle et qu'il devait veiller à ce que ses décisions tiennent compte de leurs besoins particuliers en matière de développement et d'épanouissement⁶⁰.

⁵⁹ À cet égard, comme l'a récemment écrit la Cour suprême du Canada dans le contexte autochtone, « [l']objectif fondamental du droit moderne relatif aux droits ancestraux et issus de traités est la réconciliation entre les peuples autochtones et non autochtones et la conciliation de leurs revendications, intérêts et ambitions respectifs. La gestion de ces rapports s'exerce dans l'ombre d'une longue histoire parsemée de griefs et d'incompréhension » : *Mikisew*, *supra* note 6 au para. 1.

⁶⁰ [2003] CF 1048, infirmée pour d'autres motifs par [2004] CAF 263.