

COMMENT PROTÉGER LES LANGUES OFFICIELLES?¹

Michel BASTARACHE*

À la fin de 2004, l'Université d'Ottawa tenait un grand colloque qui avait pour titre *Langues, constitutionalisme et minorités*. Plusieurs participants venus de l'Amérique et d'Europe ont abordé le sujet de la protection des langues officielles tantôt sous un angle philosophique, tantôt sous un angle juridique, tantôt sous un angle sociologique. On a en somme fait le point sur l'évolution du concept aux plans international et national, sur les objectifs multiples de la législation linguistique dans divers pays, et sur les difficultés de mise en oeuvre des lois en cette matière.

Réfléchissant à ce que nous avons appris lors de ce colloque, je me suis mis à penser que nous avons en fait peu discuté de la théorie des droits linguistiques au Canada. Nous avons simplement justifié les garanties et les politiques linguistiques par l'histoire, le compromis politique qui a permis de donner naissance au Canada. Il est certain, pourtant, que la mosaïque canadienne a bien évolué au cours des derniers 25 ans en particulier, et que le pluralisme qui caractérise notre société s'accommode de plus en plus mal d'une théorie du bilinguisme aussi simple. Il est donc intéressant de s'interroger un moment sur les diverses théories qui peuvent être invoquées en cette matière et sur ce qu'elles supposent eu égard à la mise en oeuvre des droits linguistiques.

En somme, la question est de savoir pourquoi on doit protéger des langues en particulier. La première justification a trait à la notion de justice sociale et de respect des minorités. Le déplacement de grandes populations à la fin de la première guerre mondiale, le tracé de nouvelles lignes de démarcation entre les États a créé des minorités nationales. La démocratie exige que ces minorités puissent participer aux affaires publiques et elle s'oppose dans ces circonstances à l'assimilation. Plus

¹ Conférence donnée à la Faculté de droit, Université de Moncton, le jeudi 6 novembre 2008.

* L'honorable juge Michel Bastarache est actuellement avocat-conseil chez Heenan Blaikie à Ottawa.

récemment on a créé des superstructures internationales qui appellent aussi à la reconnaissance des langues des États membres. Une deuxième justification réside dans le désir de bâtir la nation en lui donnant un élément de cohésion culturel et politique; la nation peut se donner plus d'une langue dans un désir de créer l'unité nationale et la coopération entre groupes linguistiques importants. Ceci est particulièrement vrai quand la minorité linguistique est assez ancienne, qu'elle ne résulte pas de choix individuels d'immigrer. La *Déclaration universelle sur les droits linguistiques* fait d'ailleurs une distinction nette entre minorités historiques et minorités issues de l'immigration. Une troisième théorie a un fondement plus idéologique; elle tient au fait qu'il est important de préserver la diversité linguistique et de faire des efforts pour que les langues plus faibles ne disparaissent pas. On a souvent défini cette théorie comme celle de l'écologie sociale.

Dans le fond, ces théories se rejoignent dans la mesure où elles reconnaissent que la langue est un élément de culture essentiel et que la préservation de l'identité culturelle a une incidence sur la société et sa façon de se gouverner. Si y a un compromis politique initial, il reste que les garanties linguistiques résultent ensuite de considérations morales, comme le dit Green, un des plus grands experts du droit international. Il n'est donc pas mal d'affirmer que les droits linguistiques sont des droits fondamentaux même s'ils se distinguent des droits humains généralement reconnus dans les grandes conventions internationales et les chartes des droits.

Il est aussi utile de noter ici que les droits linguistiques ont nécessairement une dimension collective et qu'il est assez artificiel de dire que l'on veut assurer par exemple l'égalité des langues plutôt que l'égalité des locuteurs dans l'utilisation de leur langue. Parce que la langue est un phénomène social, la législation linguistique sera par définition différente d'un contexte social et politique à l'autre. Il n'y a donc pas une grande possibilité de définir des normes universelles sur ce plan. C'est, je crois, ce qui explique qu'en droit international la protection des langues se traduit par le droit de ne pas faire l'objet de discrimination en raison de sa langue, et le devoir des États de ne prendre aucune mesure visant à empêcher une personne d'utiliser sa langue dans le domaine privé (Voir sur ce plan l'article 27 de la *Convention internationale des droits civils et politiques* des Nations Unies).

Le droit à la tolérance et à l'accommodation semble constituer un plafond à ce jour en droit international.

Au plan national, c'est bien différent. Au Canada, l'histoire nous apprend que le compromis reflété dans la *Loi constitutionnelle* de 1867 était conçu en fonction du désir de construire la nation en limitant, de façon minimale toutefois, l'autonomie de certaines communautés linguistiques regroupées de façon majoritaire dans des frontières provinciales. Les droits garantis sont assez restreints à l'origine et ils ne seront élargis que dans le contexte d'une crise constitutionnelle, en 1982, justement pour préserver la nation.

La théorie des droits linguistiques est difficile à définir parce qu'elle est tributaire à la fois du dialogue entre le Québec et le reste du Canada, et de la nécessité de préserver une présence significative du fait français à l'extérieur du Québec pour favoriser le développement du pays comme société bilingue et multiculturelle. Il n'est pas tant question de maintenir la diversité culturelle (la norme écologique), sur ce plan, que de permettre la survie culturelle d'une minorité historique. Ceci va se traduire par une politique nationale qui favorise la promotion de la langue minoritaire plutôt que l'adoption de mesures que l'on pourrait qualifier de droits négatifs. Les droits négatifs sont des droits fondés sur la notion de non-discrimination et d'accommodement, de tolérance. Les droits positifs font appel à l'intervention de l'État pour favoriser l'usage de la langue minoritaire. L'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* est le meilleur exemple de droit positif puisqu'il crée l'obligation de fournir l'instruction dans la langue minoritaire à même les fonds publics, là où les nombres le justifient.

On peut se demander quelle théorie domine en ce moment au Canada, à l'extérieur du Québec. Est-ce la théorie suivant laquelle les droits linguistiques sont une catégorie à part des droits humains? Il s'agirait alors de droits qui ont pour objet d'assurer la survie culturelle de la minorité et sa pleine participation aux affaires publiques, ce qui ne serait pas en contradiction avec l'objectif de garantir la survie de minorités historiques, qui a une dimension plus politique. La similitude avec les droits humains résulte de l'élargissement du droit à l'égalité, puisque celui-ci suppose le même degré de reconnaissance et de possibilité d'exercer ses droits comme citoyen sans se départir de ses caractéristiques fondamentales. De fait, une seule théorie ne semble pas suffire à tout justifier au plan national parce que le rapport entre la

minorité provinciale au Québec et le reste du Canada s'explique autrement. C'est là une question d'autonomie et de pouvoir, notamment le pouvoir du Québec de déterminer son propre avenir comme nation distincte à l'intérieur de la grande nation canadienne; ce pouvoir est nécessaire pour préserver l'unité nationale. Ce qui est singulier, cependant, c'est que c'est le Québec qui a besoin de pouvoirs pour assurer son propre avenir au plan linguistique alors que c'est lui qui est assujéti à des obligations vis-à-vis la minorité provinciale de langue anglaise, alors qu'en général les provinces peuvent déterminer leur politique linguistique librement. Le Manitoba et le Nouveau-Brunswick sont des cas d'espèce, il est vrai, mais le cadre général demeure difficile à expliquer autrement que par le compromis politique initial où l'on a mis en rapport le Québec, une province, avec le gouvernement national.

Il est intéressant de noter que plusieurs théories peuvent être invoquées à la fois et que les tribunaux, en particulier, sauront développer un raisonnement tantôt reflétant la justification humanitaire, par exemple dans le domaine scolaire où la sécurité culturelle et le maintien de la communauté linguistique menacée seront des considérations dominantes, tantôt reflétant le besoin d'autonomie du Québec, comme dans le contrôle des admissions scolaires (affaire *Solski*), tantôt reflétant le besoin d'assurer la pleine participation des citoyens aux affaires publiques par l'accès aux services garantis par l'article 20 de la *Charte*. L'on passe donc du droit individuel au procès dans la langue de son choix, individuel notamment parce qu'il ne demande pas que le demandeur fasse partie de la minorité linguistique pour laquelle le droit a été établi, au droit collectif à l'instruction dans la langue minoritaire, collectif parce qu'il s'exerce en commun et seulement là où les nombres le justifient. Mais même le droit individuel susmentionné a une dimension collective; les tribunaux ont en effet décidé que l'objet de la loi est d'assurer aux membres de la minorité linguistique un accès égal à ce service public, créant l'obligation de promotion et non d'accommodement.

L'importance du cadre théorique se reflète dans l'argumentation développée pour obtenir reconnaissance et services. Cette argumentation est assez importante dans la mesure où le multiculturalisme a pris un grand essor et que les valeurs que représente le droit à l'égalité tendent à supplanter tous les autres droits. Les minorités historiques vont généralement argumenter que les immigrants adhèrent à un État déjà

constitué qui a une culture nationale qui se reflète, au Canada, dans la constitution elle-même. L'apport des immigrants ne signifie donc pas un nouveau départ pour l'identité nationale, quelque soit leur nombre. Ils vont insister sur le besoin de reconnaître cette réalité pour empêcher que le multiculturalisme ne se transforme en multi-nationalisme. Les minorités de langue officielle ne revendiquent donc pas le respect d'un droit universel, ni en fait d'un droit essentiellement moral; ils exigent le respect de la loi constitutionnelle. Ils ne revendiquent pas le droit d'être laissés en paix, un droit négatif; ils revendiquent un droit positif, une action gouvernementale de soutien. Là aussi, ils réclament un droit civil qui leur est reconnu par la loi telle qu'interprétée par la Cour suprême du Canada. Ils n'ont donc pas à justifier leur droit périodiquement à cause de changements démographiques ou politiques, ou à se comparer aux locuteurs d'autres langues.

Si l'assise linguistique est bien établie, et il faut une assise juridique pour soutenir une politique linguistique, pourquoi donc y a-t-il encore des contestations judiciaires? Comment peut-on croire qu'il y a résistance à livrer des services alors que le devoir des gouvernements est de promouvoir l'usage de la langue minoritaire? Il est certain que la réponse à cette question est du domaine de la politique; les difficultés s'expliquent largement par la manière dont ont été inscrits les droits dans la loi. Souvent le compromis politique ne satisfait personne et celui qui se sent contraint d'accepter un ordre des choses ne sera pas enclin à en faciliter la mise en place. Je ne veux pas discuter cette question. Je crois cependant que dans bien des cas les demandes des minorités sont perçues comme des revendications politiques, notamment parce qu'elles apportent avec elles un genre de reconnaissance accompagné d'un bagage de changements économiques et sociaux, et aussi, souvent, la nécessité de modifier le système administratif en place. Ceci se heurte à l'idée que l'on peut se faire des besoins d'efficacité et de la nécessité de changer les choses, notamment quand on perçoit le besoin comme étant limité soit quant au fond, soit quant au nombre d'utilisateurs. Évidemment, cette perception n'est pas compatible avec la théorie dominante dans ce domaine, celle qui voudrait que l'on accepte que la nation est faite de différentes communautés linguistiques qui ne sont pas en compétition et qui ont droit au respect et à un traitement égal.

Mais dans un pays fédéral comme le Canada, la tendance naturelle est d'évaluer la question en fonction de l'importance de la minorité

linguistique provinciale, ce qui fait que le discours et les difficultés varient grandement selon le contexte géographique. Pourtant la réalité est que chaque groupe minoritaire francophone est partie d'un grand ensemble appelé la francophonie canadienne. Elle ne peut pas être totalement ignorée. Il reste que partout on va mettre en rapport droits humains et bonne gestion. Ici l'ignorance chez les fonctionnaires et politiciens des conditions de vie des minorités et de leurs besoins en termes de services va créer des problèmes; à titre d'exemple, on peut mentionner la longue lutte pour faire reconnaître que l'école bilingue et l'école d'immersion sont des lieux d'assimilation pour la minorité linguistique. On doit aussi considérer que le gestionnaire va toujours trouver qu'il coûte plus cher de desservir séparément la minorité, et que le coût additionnel doit être justifié. La justification ne tiendra pas compte de l'assise théorique du droit pour le fonctionnaire. Ce genre de problème se présente d'ailleurs sous toutes sortes de formes; par exemple, le contenu de la programmation en français des chaînes nationales de télévision fera difficilement place au besoin d'information des minorités éloignées de Montréal, quelle que soit la politique nationale, parce que le gestionnaire verra le besoin de se concentrer sur son public « rentable ».

Plus les problèmes sont diversifiés et complexes, plus il faut s'assurer d'un fondement théorique solide pour prendre des décisions, d'une part, et formuler des revendications, d'autre part. Il reste que le fondement idéologique ne peut pas justifier n'importe quoi, qu'il faut toujours viser le réalisable et le pratique. Il importe cependant de faire preuve d'imagination et de réorganiser les services afin de les rendre accessibles aux minorités au besoin; il n'est ni nécessaire ni intelligent de se cantonner dans les structures traditionnelles qui n'ont pas été conçues en fonction du besoin de desservir des communautés distinctes dont non seulement la langue est différente, mais aussi les besoins.

Le compromis historique explique le choix constitutionnel, mais la justification est autre: l'unité nationale, la justice sociale, la sécurité culturelle, la solidarité nationale. En somme, l'idée qu'on se fait du pays tel qu'il doit être nous mène à penser que les droits linguistiques sont, dans le contexte canadien, des droits fondamentaux. Si l'on rejette cette vision des choses, l'on facilite le discours de ceux qui voudraient que deux États se développent séparément comme entités unilingues. L'argument du déterminisme sociologique s'appuie sur la résistance au

concept des deux peuples fondateurs; l'argument d'efficacité et de bonne gestion nourrit le premier. Il semble donc nécessaire de privilégier la thèse selon laquelle les droits linguistiques ont une importance particulière au Canada aux plans personnel, politique et social. Le sens de l'appartenance ne peut être assuré sans la sécurité linguistique; l'ensemble de la société doit être solidaire du but de garantir aux minorités leur place légitime au Canada. La langue est au centre du mode de vie, donc de sa façon de se définir par rapport à la nation. Ceci signifie aussi que c'est la dimension collective qui est la plus importante, que l'objet véritable de la loi linguistique est d'assurer la survie et le développement des communautés linguistiques.

Il est assez surprenant que les fondements théoriques du régime des droits linguistiques aient été établis par les tribunaux. Il est certain que la théorie constitutionnelle n'est jamais très éloignée du domaine politique, mais il est néanmoins étrange que ce soient les tribunaux qui soient souvent appelés à formuler les objets et règles d'aménagement linguistique. Cela montre que le dialogue n'est pas aussi ouvert que nécessaire. Cela signifie aussi que les tribunaux se sont vus imposer un fardeau très lourd, celui d'agir comme guides pour entraîner la société dans le sens du développement d'une théorie juste et pratique en matière de langues officielles. Il est théoriquement possible de penser que l'action des tribunaux a pour effet de dépolitiser le débat sur la langue, mais il est difficile de croire que tous les compromis politiques peuvent être évités à la faveur d'un régime imposé par la loi; la légitimité des revendications n'est pas toujours une question de droit, elle est souvent une exigence de la communauté revendicatrice. Il reste que selon les professeurs Magnet et Doucet, l'article 16 de la *Charte* semble ouvrir la porte à un rôle majeur pour les tribunaux, à la lumière des propos tenus dans le *Renvoi sur la Sécession du Québec*. Cela n'empêche pas de réaliser qu'il y a des dangers associés à la «judiciarisation» de la question linguistique.

La plupart des commentateurs sont d'avis que les grands arrêts des dernières années ont fourni une feuille de route assez claire pour interpréter les lois linguistiques et sanctionner leur application. On peut noter l'importance des affaires *Mahé* et *Arsenault-Cameron* en matière scolaire, *Beaulac* dans le domaine criminel et quant à la règle d'interprétation elle-même, *Montfort* par rapport au recours à l'objet de la loi, *Doucet-Boudreau* quant aux recours, *Charlebois I* eu égard à

l'approche contextuelle. Ce sont les tribunaux qui en somme ont dégagé les principes d'égalité et de protection des minorités. Mais il est difficile pour les tribunaux de se substituer à ceux qui sont appelés à créer des mécanismes efficaces et simples pour donner réalité à tous ces droits dans la vie de tous les jours. Est-ce que le rôle joué par les tribunaux est suffisant pour rétablir le dialogue entre les interlocuteurs politiques maintenant? Il est trop tôt pour le dire, mais l'on peut au moins souligner que la Cour suprême a donné un signal en imposant au gouvernement un devoir d'agir, de promotion, dans l'arrêt *Beaulac*.

L'examen des causes récentes montre qu'il y a encore quelques problèmes qui doivent être tranchés par la Cour suprême du Canada notamment parce qu'ils soulèvent des questions de principe. L'un de ceux-ci mérite d'être noté parce qu'il porte sur la question des actions intergouvernementales. Je veux parler ici d'un cas où les institutions d'un gouvernement assument les responsabilités d'un autre pallier gouvernemental qui est sujet à des obligations linguistiques. Dans l'affaire *Société des Acadiens et Acadiennes du N.-B. c. Canada*, la question qui se posait était celle de savoir si la GRC, lorsqu'elle agit comme police provinciale au N.-B. en vertu d'un contrat, est assujettie aux mêmes obligations constitutionnelles que le N.-B. ou si elle n'est assujettie qu'à la loi fédérale qui définit ses obligations en tant qu'institution fédérale. Une autre question de fond est celle de la qualité des services fournis sous le régime de l'article 20 de la *Charte*: est-ce que l'accès aux services doit être interprété comme le droit d'être servi dans sa langue ou comme le droit d'être traité de façon égale quelque que soit le choix de langue? La question a été abordée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Desrochers c. Ministère de l'Industrie du Canada* en mai 2008. Un problème similaire se présente dans l'affaire *Procureur général des Territoires du Nord-Ouest c. Fédération Franco-ténoise* qui a été entendue par la Cour fédérale d'appel le 19 novembre. Une troisième question de principe se présente dans l'affaire *Knopt c. Canada (Président de la Chambre des communes)* où la Cour fédérale d'appel est appelée à décider si les règles internes de la Chambre peuvent avoir pour effet de limiter les choix linguistiques d'une personne paraissant devant un comité parlementaire.

Il y a encore peu de jurisprudence sur l'article 10 de la *Charte* portant sur le droit d'être desservi dans sa langue. Un aspect du problème qui semble intéressant est celui qui a été soulevé dans *Thibodeau c. Air Canada* en Cour fédérale. La question consiste à savoir si

Air Canada doit s'assurer du respect par ses filiales de ses obligations linguistiques, en raison d'une obligation de résultat, ou s'il suffit qu'Air Canada ait pris des mesures en vue de ce résultat. Depuis des années, l'on sait que les corporations de la Couronne donnent pour argument les dispositions de leurs conventions collectives pour expliquer le retard à réaliser les objectifs de la loi linguistique en ce qui les concerne; cette affaire aurait dû permettre d'établir s'il n'est tout simplement pas légitime de signer une convention collective incompatible avec une obligation législative. Une révision de la loi fédérale a mis un terme à l'action judiciaire.

En guise de conclusion, je crois qu'il faut s'interroger sur l'objectif d'égalité réelle dans la mise en oeuvre des droits linguistiques au Canada et questionner la notion d'avancement vers cet objectif mentionnée dans la jurisprudence plus ancienne de la Cour suprême du Canada. Il reste encore beaucoup à faire au chapitre des droits linguistiques au Canada. Espérons que nous saurons nous donner des principes directeurs solides dans la recherche de solutions à nos problèmes pratiques.