Qui peut le plus peut le moins : fédéralisme et droits linguistiques au Canada

Pierre Foucher*

Federalism is a method of state governance that provides for the division of legislative jurisdiction between a central parliament and member states. In Canada jurisdiction is shared between the federal parliament and provincial legislatures. This text explores the efficiency of this form of government in promoting linguistic duality, as well as the effect of inaction, lack of financial resources, or potential conflicts on language minorities where two levels of jurisdiction are involved.

I. Le choix fédératif

Le fédéralisme est une structure étatique dont la caractéristique principale réside dans le partage de la souveraineté qu'elle permet entre l'État central et les États fédérés. Ce partage permet à des communautés minoritaires dans l'ensemble étatique de disposer de la pleine compétence sur les matières que la Constitution leur assigne. Les fédérations multinationales choisissent cette structure étatique pour préserver leur unité politique en accommodant les différences linguistiques, ethniques ou religieuses sur leur territoire. Le mariage n'est pas toujours heureux; certaines entités fédérées veulent l'ensemble de la souveraineté et aspirent au statut d'État-nation.

Le Canada a choisi la voie de la structure fédérale. Dans son *Renvoi relatif à la sécession du Québec*[1], la Cour suprême du Canada explique ce choix par des facteurs historiques et politiques, mais aussi par le souci de reconnaître les besoins particuliers de la population francophone du Québec au sein du Canada :

---

* Constitutionnaliste, professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Moncton.

1 [1998] A.C.S. n° 61, [1998] 2 R.C.S. 217.

> Le principe du fédéralisme facilite la poursuite d'objectifs collectifs par des minorités culturelles ou linguistiques qui constituent la majorité dans une province donnée. C'est le cas au Québec, où la majorité de la population est francophone et qui possède une culture distincte. Ce n'est pas le simple fruit du hasard. La réalité sociale et démographique du Québec explique son existence comme entité politique et a constitué, en fait, une des raisons essentielles de la création d'une structure fédérale pour l'union canadienne en 1867 [...] La structure fédérale adoptée à l'époque de la Confédération a permis aux Canadiens de langue française de former la majorité numérique de la population de la province du Québec, et d'exercer ainsi les pouvoirs provinciaux considérables que conférait la *Loi constitutionnelle de 1867* de façon à promouvoir leur langue et leur culture. Elle garantissait également une certaine représentation au Parlement fédéral lui-même[2].

Le choix fédératif entraîne certaines conséquences juridiques. L'une d'elles est le fait que chaque niveau de gouvernement est autonome et libre d'agir ou non dans les champs de compétence qui sont les siens[3], sous réserve toutefois de respecter les droits fondamentaux que reconnaît aussi la Constitution[4]. La Cour suprême du Canada précise que les droits individuels de la *Charte canadienne des droits et libertés*[5] ne peuvent pas anéantir les compétences constitutionnelles relatives à l'éducation ni aux droits confessionnels protégés[6]. Le choix fédératif signifie donc que l'on accepte que le contenu, la portée et l'application des lois provinciales varient dans la mesure où les provinces exercent ou non leurs compétences d'une manière donnée et, par ailleurs, que les

---

2 *Id.*, par. 59.

3 *In re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; *Haig c. Canada (Directeur général des elections)*, [1993] A.C.S. n° 84, [1993] 2 R.C.S. 995, 1047; cités dans le *Renvoi sur la sécession*, *supra*, note 1, par. 58.

4 L'interaction entre les compétences législatives et les droits fondamentaux individuels est explorée dans divers arrêts, entre autres, *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] A.C.S. n° 46, [1991] 2 R.C.S. 158; *New Brunswick Broadcasting c. Nouvelle-Écosse (président de l'Assemblé législative)*, [1993] A.C.S. n° 2, [1993] 1 R.C.S. 319; *Vriend c. Alberta*, [1998] A.C.S. n° 29, [1998] 1 R.C.S. 493.

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

6 *Renvoi relatif à la Loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] A.C.S. n° 44, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Adler c. Ontario*, [1996] A.C.S. n° 110, [1996] 3 R.C.S. 609.

lois fédérales[7] et le gouvernement fédéral dans l'application de ces lois peuvent, en toute légitimité et sans contrevenir aux droits à l'égalité[8], prendre acte de ce fait.

L'interaction entre le fédéralisme et les droits linguistiques peut donc s'avérer fort complexe si la compétence sur la langue est partagée entre l'entité centrale et les entités fédérées et si la Constitution reconnaît par ailleurs des droits linguistiques au bénéfice des minorités, ce qui est le cas au Canada.

II. Le partage des compétences en matière linguistique au Canada

Quand des constituants formulent le vœu – manifeste ou implicite – d'attribuer une responsabilité législative concernant la langue lorsqu'ils structurent une fédération, plusieurs options, bien entendu, s'offrent à eux : confier la compétence uniquement au palier central, ou uniquement au palier des États fédérés, ou aux municipalités, ou la partager. En 1867, aucun choix explicite n'a été formulé sur cette question au Canada. Les Pères de la Confédération ont cru bon d'adopter l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*[9] qui accorde certains droits relativement à la langue des lois, du Parlement et des tribunaux, mais sans établir un partage clair de compétences en matière linguistique.

La Cour suprême du Canada a statué que la compétence en matière d'usage des langues relevait tant du Parlement fédéral que des assemblées législatives provinciales, à titre de compétence accessoire à une autre compétence énumérée[10]. Autrement dit, la compétence sur une matière inclut automatiquement la compétence de régir la langue dans cette matière s'il y a lieu. La compétence fédérale pour adopter la *Loi sur les langues officielles* de 1969 a ainsi été rattachée à deux sources : le pouvoir résiduaire du Parlement sur les « institutions fédérales » découlant de la clause de « paix, ordre et bon gouvernement du Canada » du préambule de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et le pouvoir sur les tribunaux fédéraux découlant de l'article 101 de cette loi.

---

7 Par des mécanismes comme la législation conditionnelle et la délégation oblique : *R. c. Furtney*, [1991] A.C.S. n° 70, [1991] 3 R.C.S. 89.

8 *R. c. S. (S.)*, [1990] A.C.S. n° 66, [1990] 2 R.C.S. 254.

9 (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3.

10 *Jones c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1975] 2 R.C.S. 182.

Dans la mesure où certains articles de la *Loi sur les langues officielles*[11] abordent des aspects de la langue des procès criminels, la compétence fédérale de les adopter a été liée à sa compétence sur la « procédure criminelle » découlant du paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour confirme cette analyse dans l'arrêt *Ford*[12], où elle fait reposer la compétence du Québec d'adopter des dispositions de la *Charte de la langue française*[13] en matière de langue de l'affichage commercial sur sa compétence concernant le commerce local dans la province.

La Cour aurait-elle pu conclure que la langue relevait exclusivement des provinces, à titre de « matière de nature purement locale ou privée dans la province »[14], compte tenu du fait que le Haut-Canada et le Bas-Canada avaient déjà légiféré concernant l'emploi des langues[15]? Quatre ans après l'affaire *Jones*, la Cour suprême estimait, dans les arrêts *Blaikie*[16] et *Forest*[17], que l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* s'avérait aussi indivisible que l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*[18], confirmant ainsi la dimension « bifédérale » de la constitutionnalisation des droits linguistiques au Canada. Il nous apparaît donc douteux que l'on puisse nier au Parlement fédéral une compétence sur les droits linguistiques : dès 1867 le constituant original envisageait une responsabilité fédérale sur le sujet.

La seule autre option qui s'offrait à la Cour en 1975 aurait été de considérer la langue comme une question d'intérêt national, c'est-à-dire une question qui « transcende les intérêts locaux et provinciaux et intéresse le Dominion dans son ensemble »[19]. Certains aspects de la langue pourraient peut-être se qualifier sous ce chef de compétence, mais la définition que la Cour a donnée de la théorie des dimensions nationales ne permet pas de faire tomber toute réglementation linguistique dans le champ de cette compétence. En effet l'intérêt national pourrait, s'il est

---

11 L.C. 1988, c. 38.

12 *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] A.C.S. n° 88, [1988] 2 R.C.S. 712.

13 L.R.Q. 1977, c. C-11.

14 Paragraphe 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 9.

15 Tel que documenté dans *MacDonald c. Montréal (Ville)*, [1986] A.C.S. n° 28, [1986] 1 R.C.S. 460, entre autres.

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

17 *Forest c. Manitoba (Procureur général)*, [1979] 2 R.C.S. 1032.

18 L.R.C. (1985), App. II, n° 8.

19 *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltée*, [1988] A.C.S. n° 23, [1988] 1 R.C.S. 401.

envisagé de manière trop large, englober n'importe quoi, puisque à la limite toute question peut devenir d'intérêt national. La Cour a donc exigé que pour tomber dans ce champ de compétences, une matière doit être « indivisible » et « suffisamment précise pour retenir les contours d'une forme »[20]. L'un des critères de cette précision serait l'incapacité provinciale de régir la question sans effets extraprovinciaux. L'environnement, l'inflation, la religion, ne sont pas des « matières » selon cette définition : ce sont des agrégats divisibles. Il en va de même de la langue.

Cette répartition de la compétence sur la langue entre le parlement central et les provinces permet l'adaptation du régime linguistique aux réalités locales, mais lorsque la Constitution reconnaît des droits linguistiques en faveur des minorités et lorsque le Parlement fédéral adopte une politique linguistique favorisant – du moins dans le discours et les textes de loi – la promotion de la dualité linguistique, alors que les provinces adoptent une position différente, cela engendre deux séries de problèmes juridiques : d'une part, la compétence peut ne pas être exercée ou l'être au détriment d'une véritable égalité linguistique; d'autre part, quand le Parlement fédéral et les législatures provinciales exercent une compétence de façon différente, des conflits peuvent surgir, non seulement dans l'application des régimes linguistiques mais dans l'interprétation des droits constitutionnels en matière linguistique.

III. L'EXERCICE INADÉQUAT DE LA COMPÉTENCE LÉGISLATIVE

La Cour suprême du Canada identifie la protection des minorités comme un principe structurel non écrit de la Constitution du Canada. Un tel principe aide à l'interprétation des droits constitutionnels existants et à combler, à certaines conditions, le silence du constituant. La Cour a subsumé la dualité linguistique[21] et les droits linguistiques sous cette appellation générale[22].

---

20 *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, (j. Beetz).

21 Nous avons argumenté ailleurs que la dualité est aussi un principe structurel non écrit : « La double dualité du Canada et ses conséquences juridiques », dans Pierre THIBAULT, Benoît PELLETIER, Louis PERRET, dir., *Les défis du constitutionnalisme, mélanges Gérald A. Beaudoin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 2002, 163.

22 *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra*, note 1.

Or il ne suffit pas de reconnaître au législateur, fédéral ou provincial, une compétence en matière linguistique : celle-ci doit être exercée. Elle ne l'a pas toujours été : ce n'est que dans la décennie 1960 que l'on a commencé, timidement, à voir apparaître dans le paysage juridique canadien des lois portant spécifiquement sur le statut et l'usage des langues; le phénomène s'est accentué dans les années 1970 et se poursuit à ce jour[23]. Il existe différentes manières de circonvenir à l'objectif de la progression vers l'égalité des langues officielles.

A. L'inaction

Le contexte sociolinguistique actuel au Canada obéit aux constats implacables que dressent les sociolinguistes qui étudient les langues en contact. Quand un État laisse jouer les forces normales de l'interaction linguistique, certains processus entrent en jeu, notamment celui de l'abandon par une personne en situation minoritaire de sa langue maternelle au profit de la langue de la majorité. Certains auteurs qualifient ce phénomène de linguicide[24]. Si le temps des politiques agressives contre la langue française est révolu au Canada, il existe des manières plus insidieuses d'arriver au même résultat. Il suffit de ne rien faire. Le temps se chargera d'éliminer le problème. *À quoi sert une chanson si elle est désarmée*, clame le poète; à quoi sert une compétence si elle est inutilisée.

Il en va de la langue comme de l'économie, semble-t-il : le laisser-faire nous éloigne de l'égalité linguistique parce qu'il consacre les rapports de domination d'une langue forte dans son contexte social, sur une langue faible dans son contexte social. C'est ce qui arrive à la langue française en Amérique du Nord. Ce fait est même reconnu par la Cour suprême du Canada, qui accepte que le français est menacé au Canada et que l'objectif d'en assurer le rayonnement est suffisamment important pour justifier une atteinte à la liberté d'expression constitutionnelle[25].

---

[23] Tout récemment, de nouvelles lois ont été adoptées : Nouveau-Brunswick : *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, c. O-0.5; Nouvelle-Écosse : *Loi sur les services en français*, L.N.-É. 2004, c. 26, 18 octobre 2004; Île-du-Prince-Édouard : *French Language Services Act*, S.P.E.I. 1999, c. 13.

[24] Tove STUTTNAB-KANGAS, « Promotion of Linguistic Tolerance and Development », dans Sylvie LÉGER, dir., *Vers un agenda linguistique : Regard futuriste sur les Nations Unies »*, Ottawa, Centre canadien des droits linguistiques, 1996, p. 579.

[25] *Ford*, *supra*, note 12.

Or ce constat posé, y a-t-il des concepts juridiques ou des droits qui permettraient de sanctionner l'inaction? Le propre d'une compétence législative, c'est justement de laisser à son titulaire l'entière discrétion de l'exercer ou non. Les seuls droits constitutionnels qui, jusqu'ici, ont permis aux tribunaux canadiens d'exiger une intervention législative sont l'article 23 de la Charte en matière de droits scolaires des minorités et l'article 20 de la Charte en matière de réglementation de la demande importante. De façon générale, la reconnaissance de droits linguistiques fait naître des obligations corrélatives à la charge de l'État.

Dans *Mahe c. Alberta*[26], la Cour suprême du Canada n'a pas voulu ordonner au gouvernement albertain d'adopter des mesures législatives propices à la mise en œuvre l'article 23. Elle a mentionné que les demandeurs n'avaient pas droit à une loi, mais bien à un système scolaire, et que la législation devait en permettre l'établissement et la gestion. La Cour en était tout au début de sa jurisprudence sur la question. Dans *Doucet-Boudreau*[27], quelque 20 ans plus tard, la Cour a bien souligné les effets nocifs de l'inaction gouvernementale, qui conduisent, en raison de l'assimilation qui se poursuit, à une perte dans les faits de la possibilité d'exercer des droits dont l'objet est justement d'éviter l'assimilation. Ainsi l'inaction contribue au mal (*mischief*) auquel l'article 23 visait justement à remédier. D'ailleurs, dès 1996, le juge Vickers avait émis une déclaration dans laquelle il enjoignait à la Colombie-Britannique de légiférer pour mettre en œuvre l'article 23, tout en laissant à la législature une discrétion quant au contenu des normes à adopter. En 1998, une seconde déclaration a enjoint au gouvernement d'adopter par voie législative ou réglementaire un mécanisme de résolution des différends entre la communauté francophone et les « *school boards* »[28]. De plus, l'affaire *Dufferin Peel* confirme les effets néfastes de l'inaction gouvernementale sur le respect des droits de l'article 23 : quand une minorité n'a qu'une seule école qu'elle risque de perdre, tout retard dans les projets de rénovation, même s'ils sont fondés sur des restrictions budgétaires, représente une violation des droits garantis par l'article 23[29].

---

[26] [1990] A.C.S. n° 19, [1990] 1 R.C.S. 342.

[27] *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministère de l'Education)*, [2003] A.C.S. n° 63, [2003] 3 R.C.S. 3.

[28] *Association des parents francophones de Colombie-Britannique c. British Columbia*, 1996 B.C.J. n° 1831 (C.S.) et [1998] B.C.J. n° 2727 (C. Supr.).

[29] *Conseil des écoles séparées catholiques romaines de Dufferin et Peel c. Ontario (Ministre de l'Éducation et de la formation)*, [1996] O.J. No. 2564, 30 O.R. (3d) 686 (C.A.).

Dans l'affaire Donnie Doucet[30], la Cour fédérale statue que le silence du règlement sur les langues officielles quant à la façon de déterminer la demande importante sur la route transcanadienne au point d'entrée principal en Nouvelle-Écosse représente une violation de l'article 20 de la Charte. Ainsi l'inaction gouvernementale dans la définition d'un critère approprié au contexte de la situation engendre une inconstitutionnalité. Si la Cour n'exige pas directement que le gouvernement modifie le règlement, elle statue que la disposition visée deviendra inconstitutionnelle et inopérante à la fin du délai, nous ramenant donc à la situation pré-1992, où la loi imposait une notion de « demande importante » sans qu'un règlement ne vienne en préciser la portée.

Ces précédents illustrent concrètement l'opinion des théoriciens du droit selon laquelle les droits linguistiques ne peuvent être mis en œuvre qu'*avec* une intervention gouvernementale. L'obligation de légiférer dépend alors uniquement de la présence ou non de droits linguistiques spécifiques. La seule autre disposition qui peut produire cet effet, dans l'état actuel du droit constitutionnel canadien, est le paragraphe 16.1 de la Charte reconnaissant l'égalité des communautés linguistiques au Nouveau-Brunswick. En particulier, le paragraphe 16.1 (2) recèle le potentiel d'imposer des obligations positives au gouvernement du Nouveau-Brunswick et à son Assemblée législative.

L'arrêt *Beaulac*[31] contient aussi les germes d'une obligation d'agir, bien qu'il ne s'agisse pas nécessairement d'une obligation de légiférer. La Cour suprême exprime clairement que l'article 530 du *Code criminel*, quand on l'interprète selon son objet, oblige les provinces à mettre en place les ressources et les mécanismes appropriés pour garantir le droit des accusés de subir leur procès dans leur langue. L'égalité linguistique signifie que les droits existants doivent être appliqués également. Cette égalité signifie aussi que des mesures spéciales de mise en œuvre doivent être prises; l'inaction n'est pas une réponse constitutionnellement valide. On retrouve la même idée dans l'affaire *Arsenault-Cameron*[32].

---

30 *Doucet c. Canada*, [2004] A.C.F. n° 1813, C.F. 1444 (1re inst.). Je divulgue que j'étais avocat-conseil du demandeur dans cette affaire. Le demandeur a interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale uniquement concernant la conclusion de la Cour relativement à la « vocation du Bureau ». La conclusion sur la demande importante demeure donc intégralement valide.

31 *R. c. Beaulac*, [1999] A.C.S. n° 25, [1999] 1 R.C.S. 768.

32 *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Edouard*, [2000] A.C.S. n° 1, [2000] 1 R.C.S. 3.

Peut-on aller plus loin et inférer une obligation de légiférer du principe non écrit de protection des minorités? Si ce principe n'a pas pu *empêcher* des reculs sur le plan linguistique, ainsi que nous le verrons, comment pourrait-il avoir pour effet d'*imposer* des interventions législatives? Le principe non écrit de protection des minorités a pu contribuer à *empêcher* la fermeture d'un hôpital de langue française en milieu minoritaire, il n'a pas *imposé* l'obligation d'ouvrir un tel établissement en l'absence d'un droit à des soins de santé en français dans une loi ou dans la Charte. L'obligation d'ouvrir une école de la minorité linguistique découle d'un texte constitutionnel interprété à la faveur du principe constitutionnel non écrit. Il est possible que le droit à l'instruction primaire et secondaire reconnu par l'article 23 de la Charte soit élargi pour englober le préscolaire et peut-être même le postsecondaire (quoique cette dernière hypothèse nous apparaisse plus fragile), auquel cas le principe non écrit aurait pu compléter l'interprétation d'un texte pour lui assurer une cohérence interne et une mise en œuvre réelle. Il en va tout autrement si le principe non écrit sert, par exemple, à imposer la construction d'un hôpital de langue française en milieu minoritaire, la création d'une troupe de théâtre, d'un collège communautaire ou d'une université francophone ou toute autre intervention à laquelle on voudra songer pour favoriser la promotion des communautés linguistiques en milieu minoritaire. La manipulation juridique de ce concept de principe non écrit comme source de l'obligation d'exercer une compétence législative en faveur d'une minorité linguistique doit s'effectuer avec précaution, pour ne pas créer d'attentes injustifiées auprès des communautés minoritaires. Il en va de la légitimité du texte constitutionnel lui-même et de celle de la Cour suprême du Canada. Une compétence législative représente un pouvoir de légiférer et non une obligation de légiférer. Si une telle obligation doit être imposée à un législateur souverain, il nous semble préférable qu'elle soit imposée par un texte juridique plutôt que par un principe non écrit interprété par les tribunaux. À cet effet, le Parlement fédéral et le gouvernement du Canada, eux, pourraient être assujettis à une telle obligation plus importante que celle des provinces. La base juridique serait ici le paragraphe 16(1) de la Charte qui proclame l'égalité des langues officielles au Canada, combi-

né avec le principe non écrit de la protection des minorités et la partie VII de la *Loi sur les langues officielles du Canada*[33].

Le fédéralisme fait entrer en scène la démocratie. La démocratie fonctionne dans un cadre juridique au sein duquel les forces politiques peuvent s'exprimer. L'obligation juridique de légiférer afin de mettre en œuvre l'égalité linguistique s'imposerait à tous les législateurs au Canada si la dualité linguistique et l'exigence d'en faire la promotion étaient reconnues comme un principe structurel autonome de la Constitution canadienne. Pour l'instant, l'obligation d'agir et la sanction de l'inaction semblent limitées aux situations où il existe des droits linguistiques. L'inconstitutionnalité par omission est un phénomène connu et elle intervient quand l'omission a pour effet de priver une personne ou un groupe de ses droits constitutionnels. C'est pourquoi l'obligation d'agir existe et encadre l'exercice des compétences législatives, mais seulement dans la mesure où il existe un droit linguistique spécifique dans la Constitution ou dans la loi.

B. Le recul

Une seconde manière d'exercer une compétence législative de façon dérogatoire à l'égalité linguistique au Canada serait d'abroger des droits linguistiques existants ou d'éliminer des institutions linguistiques existantes. Les bases juridiques pour conclure que le phénomène de la fermeture d'une institution linguistique appartenant à la communauté est illégal sont plus solides. Certes, dans l'arrêt *Lalonde*[34], la Cour d'appel de l'Ontario invoque l'article 7 de la *Loi sur les services en français*[35] qui joue un peu le même rôle que l'article premier de la Charte et conclut que le gouvernement ontarien n'a pas pu justifier le recul infligé à la communauté franco-ontarienne, tel que l'exige l'article 7. La Cour d'appel invoque aussi la règle du droit administratif concernant l'exercice rationnel d'un pouvoir discrétionnaire dans l'intérêt public, interprétée à la lumière du principe non écrit de la protection des minorités. L'intérêt public comprend donc la protection des minorités. Cepen-

---

[33] L.C. 1988, c. 38.

[34] *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, [2001] O.J. No. 4767, 56 R.J.O. (3d) 577 (C.A.).

[35] L.R.O. 1990, c. F.32.

dant les arrêts *Baie d'Urfé*[36], *Hogan*[37], *Potter*[38], pour ne nommer que ceux-là, écartent le recours aux principes non écrits de la Constitution pour empêcher les fusions municipales au Québec, dans l'exercice de la compétence législative provinciale sur les municipalités, et la déconfessionalisation des structures scolaires à Terre-Neuve ou au Québec dans l'exercice de la faculté de modifier la Constitution. Ces arrêts ne sont pas concluants. *Hogan* et *Potter* se distinguent parce qu'il s'agit de l'exercice du pouvoir constituant; *Baie d'Urfé* peut être nuancé parce que la Cour reconnaît que les arrondissements disposent de compétences linguistiques, donc que les droits linguistiques ne sont pas vraiment abrogés. Par contre, en ce qui a trait à la modification à la *Charte de la langue française*, la Cour d'appel affirme que l'argumentation des municipalités et du Commissariat aux langues officielles conduirait à la conclusion que le principe non écrit de la protection des minorités ou le paragraphe 16(3) de la Charte auraient pour effet de créer un nouveau droit linguistique constitutionnel.

En l'absence d'un droit linguistique explicite, les tribunaux maintiennent intacte la souveraineté parlementaire découlant de l'attribution de la compétence législative. Nous continuons de penser que le paragraphe 16(3) de la Charte, qui s'applique tant aux provinces qu'au fédéral, contient une obligation implicite de justifier soigneusement tout recul relativement aux droits linguistiques actuels. La Cour d'appel de l'Ontario a explicitement rejeté l'argument dans l'arrêt *Lalonde*. Elle conclut que cela conduirait à la création de nouveaux droits linguistiques constitutionnels. Or, le principe de la sauvegarde des droits acquis est connu depuis longtemps en droit administratif. Si le paragraphe 16(3) de la Charte doit avoir un sens différent de celui qu'on lui prête en affirmant qu'il codifie la règle développée dans l'arrêt *Jones*, il est possible de dire que lorsqu'un législateur, dans l'exercice de la faculté de progresser vers l'égalité linguistique que lui offre le paragraphe 16(3) de la Charte, crée des institutions ou confère des droits, il met en jeu une disposition constitutionnelle qui fait en sorte que tout recul subséquent

---

36 *Baie d'Urfé (Ville) c. Québec (Procureur général)*, [2001] A.Q. n° 4821, R.J.Q. 2520 (C.A.). Autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée : [2001] C.S.C.R. n° 524, 525, 542 et 543.

37 *Hogan c. Newfoundland (Attorney General)*, [2000] N.J. No. 54, 183 D.L.R. (4th) 225 (C.A.).

38 *Potter c. Québec (Procureur général)*, [2001] A.Q. n° 5553, R.J.Q. 2823 (C.A.).

devra être soigneusement motivé. Il ne s'agit ni d'encliquetage au sens américain du terme (qui empêcherait tout recul), ni de la création de nouveaux droits linguistiques constitutionnels, comme l'ont prétendu les cours d'appel du Québec et de l'Ontario, mais de la mise en œuvre d'un principe plus général imposant une obligation de justifier les reculs relativement aux *droits existants* par des arguments solides et crédibles. Le droit administratif connaît cela depuis longtemps; il est admis que le pouvoir discrétionnaire permet de revenir sur des décisions prises antérieurement, si les raisons invoquées sont pertinentes, raisonnables et liées à l'objet des lois habilitantes[39]. L'article premier de la Charte impose à l'État l'obligation de justifier des atteintes aux droits fondamentaux. L'idée n'est donc pas nouvelle. Personne n'a prétendu que cela conduit à la reconnaissance de nouveaux droits constitutionnels en matière de l'utilisation du français et de l'anglais, et cela n'était pas la prétention des intervenants qui ont proposé cet argument. Les cours d'appel ont donc rejeté l'argument sur une base qui n'était pas revendiquée. En réalité, l'argument consiste à dire que si le Parlement ou une législature exercent la faculté que leur confère le paragraphe 16(3) de la Charte en édictant des mesures linguistiques, comme les lois sur les services en français ou les lois sur les langues officielles, alors toute modification à ces lois ou aux règlements qui en découlent qui entraîne une perte de droits ou de services devra être justifiée. Comment comprendre autrement l'idée d'un principe de *progression*? Si le principe de progression, principe qui fait partie de la Constitution du Canada et qui doit être interprété conformément au principe non écrit, plus large, de la protection des minorités, ne peut pas obliger un législateur à *intervenir*, ne peut-il pas néanmoins obliger un législateur à *justifier* une intervention qui, loin de dénoter un progrès, manifeste un recul? Le principe de progression vers l'égalité linguistique doit vouloir dire plus qu'une simple faculté, sinon il aurait été inutile d'en parler dans la Charte. L'affaire *Lalonde* présente une situation factuelle dans laquelle le principe aurait facilement pu trouver application, puisque la communauté perdait son seul hôpital francophone. Il est regrettable que la Cour d'appel ait rejeté cet argument sur une base qui n'avait pas été revendiquée.

---

[39] *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] A.C.S. n° 43, [2001] 2 R.C.S. 281; *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] A.C.S. n° 5, [1997] 1 R.C.S. 12; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.S. n° 39, [1999] 2 R.C.S. 817.

C. Le manque de ressources

Les gouvernements fédéral et provinciaux n'ont pas toujours besoin de légiférer pour nuire à l'atteinte de l'objectif d'égalité linguistique : il leur suffit de ne pas fournir les ressources suffisantes pour la mise en œuvre des droits. C'est une façon insidieuse et politiquement facile de ne pas réaliser les droits linguistiques; c'est aussi la problématique la plus difficile à aborder sur le plan du droit constitutionnel.

Les arrêts *Mahe*, *Beaulac*, *Arsenault-Cameron*, *Doucet-Boudreau*, *Dufferin-Peel*, *Marchand*[40], ont tous écarté l'argument des coûts invoqués pour ne pas mettre en œuvre des droits linguistiques constitutionnels. Le principe semblait maintenant bien établi. Pourtant, l'arrêt récent *NAPE*[41] vient semer l'inquiétude et marque un recul jurisprudentiel. Il ouvre la voie à l'invocation d'une situation financière difficile pour ne pas mettre en œuvre des droits constitutionnels. Cette conclusion s'inscrit dans la lignée des affaires *Canada Assistance Plan*[42] ou *Authorson*[43], dans lesquelles une loi permet de limiter les revendications financières dans la mise en œuvre d'un droit déjà reconnu. On peut chercher à les distinguer, en disant que dans ces affaires-là il s'agissait d'une loi qui annulait les effets d'une entente plutôt que de la mise en œuvre directe d'un droit constitutionnel.

On se trouve ici devant l'enjeu financier, pour lequel les considérations de démocratie électorale et d'imputabilité pèsent lourd. La solution du dilemme repose-t-elle sur la reconnaissance d'une obligation de consulter les communautés linguistiques avant d'effectuer des ponctions et sur la nécessité de motiver les diminutions de ressources? Il faut rester concentré sur l'idée selon laquelle seule une intervention positive de l'État permet la mise en œuvre des droits linguistiques. L'égalité linguistique signifie que lorsqu'il s'agit de prioriser des ressources, les droits linguistiques constitutionnels doivent avoir préséance. Le modèle nous est offert par le raisonnement de la Cour suprême dans les arrêts portant sur les droits des Autochtones, où une méthode est proposée

---

40 *Marchand c. Simcoe County Board of Education*, [1986] O.J. n° 714, 55 O.R. (2d) 638 (H.C.).

41 *Terre-Neuve (Conseil du trésor) c. Newfoundland and Labrador Assn. of Public and Private Employees (N.A.P.E.)*, [2004] A.C.S. n° 61, [2004] 3 R.C.S. 381.

42 *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] A.C.S. n° 60, [1991] 2 R.C.S. 525.

43 *Authorson c. Canada (Procureur général)*, [2003] A.C.S. n° 40, [2003] 2 R.C.S. 40.

pour établir des priorités dans l'allocation de ressources rares et précieuses. La Cour signale clairement que les Autochtones doivent recevoir la priorité et ne pas subir de désavantage disproportionnel à l'affaissement des ressources[44]. Pourquoi en irait-il autrement des droits linguistiques constitutionnels?

Inaction, reculs, faible financement : ce sont là des moyens détournés de ne pas rechercher l'égalité des langues officielles au Canada. Si le droit constitutionnel actuel n'offre que des outils limités pour empêcher ces phénomènes de se produire, il nous faut réfléchir à d'autres manières d'atteindre cet objectif. La volonté politique des gouvernements qui croient – ou disent croire – dans la dualité linguistique canadienne ne sera crédible que lorsqu'elle se traduira par des gestes concrets et efficients de mise en œuvre des droits qui existent déjà. Les gouvernements n'auront qu'eux-mêmes à blâmer si les tribunaux accentuent l'arsenal des remèdes qui sont à leur disposition pour mettre en œuvre des droits linguistiques constitutionnels.

IV. Exercice des compétences législatives

Nous avons déjà mentionné que plusieurs juridictions ont effectivement exercé leur compétence législative en matière linguistique, soit pour accorder des droits, soit pour en retirer [45]. D'autres sont assujetties à des droits linguistiques constitutionnels[46]. L'application des droits linguistiques constitutionnels, tout comme la mise en œuvre des législations applicables, présentent des problèmes juridiques qui seront abordés maintenant.

A. Exercice du pouvoir fédéral de dépenser

Dans l'affaire de l'interdélégation horizontale[47], certains juges de la Cour suprême du Canada mentionnent spécifiquement que l'attribution

---

[44] *R. c. Marshall*, [1999] A.C.S. n° 66, [1999] 3 R.C.S. 533.

[45] Canada, Nouvelle-Écosse, Nouveau-Brunswick, Québec, Ontario, Saskatchewan, Alberta, Territoires du Nord-Ouest, Yukon.

[46] Canada, Nouveau-Brunswick, Québec, Manitoba, Territoires du Nord-Ouest et Yukon parce que ce sont des « institutions du Parlement du Canada » aux fins des droits linguistiques constitutionnels.

[47] *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1951] R.C.S. 31.

d'une compétence législative au palier fédéral ou provincial engendre des attentes chez les électeurs et les électrices, qui sont en droit d'exiger que ces compétences soient exercées par les institutions à qui la Constitution les attribue, ce qui interdit donc la délégation horizontale d'une compétence législative entre le Parlement et une législature. Seule une modification constitutionnelle conforme aux procédures applicables permet un tel transfert[48]. Cependant, dans certains arrêts dont *Canada Assistance Plan*, la Cour a reconnu la validité constitutionnelle du pouvoir de dépenser, qui n'est pas assujetti au partage fédéral des compétences. Cette question représente l'un des dossiers litigieux du fédéralisme canadien. Le Québec cherche âprement, et depuis longtemps, soit à mettre fin aux incursions fédérales dans les compétences provinciales, soit à obtenir un droit de retrait automatique avec pleine compensation financière lorsque le gouvernement fédéral établit des programmes de dépense dans une compétence exclusive du Québec.

Appliqué au domaine linguistique, le pouvoir fédéral de dépenser est indispensable à l'atteinte de l'égalité des langues officielles. De manière réaliste, sans l'argent fédéral, les communautés francophones à l'extérieur du Québec n'auraient pas beaucoup d'écoles, de soins de santé, de services juridiques ou d'institutions culturelles dans leur langue. Quant à l'obligation de rendre compte, qui vient avec l'exercice du pouvoir de dépenser ainsi que le respect de conditions liées à la dépense des fonds fédéraux, les communautés linguistiques souhaitent des mécanismes d'imputabilité et présentent régulièrement des allégations de détournement des fonds fédéraux[49]. La solution ne réside certainement pas dans la menace de cesser le financement fédéral si les provinces n'affectent pas l'argent aux fins pour lesquelles il a été versé. Il est étonnant que les experts en administration publique et en fédéralisme financier n'aient pas encore imaginé de mécanismes et de processus permettant aux communautés de langues officielles de s'assurer que les

---

48 La partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, prévoit que de telles modifications sont effectuées par proclamation du gouverneur général autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et des assemblées législatives de deux tiers des provinces représentant au moins 50 % de la population canadienne selon le dernier recensement décennal.

49 Voir l'étude de Gérard LECUYER, *Où sont passés les milliards?* Étude sur la répartition des subventions du Programme des langues officielles en enseignement, 1971-1996, effectuée pour le compte de la Commission nationale des parents francophones; en ligne : <http://www.cnpf.ca>.

fonds fédéraux se rendent à leurs destinataires et qu'ils soient dépensés à bon escient. Les subventions directes aux organismes communautaires permettent aussi de circonvenir le problème du peu d'empressement des provinces. Mais en santé, en éducation, en petite enfance, en formation de la main-d'œuvre, en tourisme, dans le secteur municipal, pour ne mentionner que cela, l'argent passe par les provinces. Y a-t-il lieu de penser à des moyens de veiller au respect de la dualité linguistique lorsque le gouvernement fédéral et les provinces développent des programmes à frais partagés? La partie VII de la *Loi sur les langues officielles*[50] a justement cet objectif, mais même si elle a un caractère exécutoire, elle ne lie – forcément – que le gouvernement fédéral; or, les difficultés viennent très souvent des provinces.

Le statut juridique exact des ententes fédérales provinciales en matière de langues officielles – que ce soit aux fins de l'éducation, de l'appui aux communautés, de la santé ou d'autres initiatives – reste encore à clarifier. Dans l'arrêt *Finlay*[51], la Cour suprême a semblé traiter l'entente sur l'assistance sociale comme un véritable contrat, mais nous ne disposons pas encore de déclaration judiciaire claire faisant de ces ententes des contrats. Si tel était le cas, la panoplie des recours disponibles en droit des contrats serait alors ouverte au gouvernement fédéral. Il serait aussi possible de songer à un argument fondé sur la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* du Canada, ces ententes représentant le véhicule de mise en œuvre. Enfin, d'autres moyens peuvent être imaginés.

L'important réside dans le fait que les ententes, lorsqu'elles comportent des « clauses linguistiques », doivent être mises en œuvre et respectées. De plus, l'argent destiné aux communautés doit se rendre à destination.

B. Interdépendance intergouvernementale

Un second champ de mines juridiques réside dans l'interdépendance fédérale-provinciale croissante. L'ère des « cloisons étanches » semble bien révolue. La Cour suprême du Canada encourage d'ailleurs la coopération intergouvernementale, puisqu'elle confirme la validité de techniques comme la délégation oblique, l'incorporation par renvoi, la

---

50 *Supra*, note 33.

51 *Finlay v. Canada (Ministre des finances)*, [1993] A.C.S. n° 39, [1993] 1 R.C.S. 1080.

législation conditionnelle[52], le double-aspect[53]. En matière linguistique, l'interdépendance se réalise par le pouvoir de dépenser, mais aussi par l'application par une institution de l'un des paliers de gouvernement de pouvoirs constitutionnellement dévolus à l'autre.

Cette interdépendance crée parfois des difficultés juridiques à la réalisation de l'égalité linguistique au Canada. D'une part, des institutions fédérales peuvent exercer des pouvoirs en vertu de lois provinciales – l'exemple le plus clair est celui de la G.R.C. qui applique les lois provinciales et municipales dans huit provinces. Les deux décisions impliquant Donnie Doucet – celle de la Cour suprême de Nouvelle-Écosse[54] et celle de la Cour fédérale du Canada[55] – confirment que l'institution fédérale ne perd pas son statut quand elle exerce des pouvoirs en vertu des lois provinciales. Mais cette position fait en sorte que si les régimes linguistiques fédéral et provincial ne coïncident pas, lequel faut-il appliquer? En Nouvelle-Écosse, il faut appliquer le régime fédéral, mais au Nouveau-Brunswick le régime provincial est plus généreux, car il couvre l'ensemble du territoire et ne fait pas reposer l'obligation d'offrir des services dans les deux langues officielles sur l'exigence d'une demande importante. Si la G.R.C. accepte de se lier aux lois provinciales par contrat, devient-elle liée à deux régimes linguistiques? La solution réside peut-être dans l'application de la notion de conflit et de prépondérance. Il n'y a pas de conflit d'opération entre la loi fédérale et la loi du Nouveau-Brunswick, parce qu'en appliquant cette dernière la loi fédérale est respectée. Cependant, si la loi linguistique albertaine s'appliquait à la G.R.C. dans cette province, il y aurait contravention à la loi fédérale. Une autre voie de solution serait de dire qu'en raison de son régime linguistique particulier, le Nouveau-Brunswick dans son ensemble est un territoire à « demande importante » au sens de la Charte et que la position fédérale d'appliquer le règlement sur les langues officielles au Nouveau-Brunswick comme partout ailleurs au pays est inconstitutionnelle, parce que cela contrevient à l'interprétation du paragraphe 20(1) de la Charte dans son contexte. Une troisième voie serait de dire que l'article 16(1) représente un « plancher », mais qu'en vertu du principe de progression ainsi que de l'égalité des communautés

---

52 Voir *Furtney*, *supra*, note 7 et les arrêts y mentionnés.

53 *Multiple Access c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161.

54 *R. c. Doucet*, [2003] N.S.J. n° 516 (C.S.).

55 *Doucet c. Canada*, [2004] A.C.F. n° 1813 (1er inst.).

linguistiques au Nouveau-Brunswick, la norme plus élevée doit s'appliquer à une institution fédérale qui agit dans cette province. Si tel est le cas, le raisonnement serait valable pour toutes les institutions fédérales œuvrant au Nouveau-Brunswick : cela entraînerait des conséquences concernant la désignation linguistique des postes de fonctionnaires fédéraux dans la province, leur mode de dotation et l'évaluation de la demande importante aux fins de la langue de service.

La nouvelle *Loi sur les langues officielles*[56] du Nouveau-Brunswick a voulu clarifier l'ambiguïté. Son article premier définit « agent de la paix » dans les termes suivants :

> « agent de la paix » s'entend d'un agent de la paix, au sens de l'article 1 de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, qui dessert le public que ce soit pour le compte de la Province, d'une municipalité ou en vertu d'un contrat pour la prestation de services de police conclu avec la Province ou une de ses institutions et comprend un agent de police au sens de cette même loi;

Puis l'article 31 impose aux agents de la paix certaines obligations linguistiques :

> 31(1) Tout membre du public a le droit, lorsqu'il communique avec un agent de la paix, de se faire servir dans la langue officielle de son choix et il doit être informé de ce choix.
>
> 31(2) Lorsque l'agent de la paix n'est pas en mesure d'assurer la prestation des services dans la langue officielle choisie en vertu du paragraphe (1), il doit prendre les mesures nécessaires et ce dans un délai raisonnable pour lui permettre de répondre au choix fait par le membre du public au paragraphe (1).
>
> 31(3) Il incombe aux agences responsables ou aux corps policiers, le cas échéant, de veiller à mettre en œuvre les mesures nécessaires pour répondre au choix fait par un membre du public en vertu du paragraphe (1) et pour appuyer l'obligation de l'agent de la paix au sens du paragraphe (2).

---

56 *Supra*, note 23.

Enfin le commissaire aux langues officielles peut, sur réception de plaintes, procéder à des enquêtes concernant l'application de la loi et émettre des recommandations[57].

Une province a-t-elle la compétence voulue, au Canada, pour imposer des obligations législatives à une institution fédérale? Un officier provincial peut-il faire enquête au sujet d'une institution fédérale? Cette vaste question mériterait un développement séparé. Disons, aux fins de la présente, que si la jurisprudence permet effectivement à une législature provinciale d'imposer des obligations à une *entreprise* fédérale[58], il n'est pas certain qu'elle puisse le faire envers une *institution* fédérale, puisque l'arrêt *Jones* assigne la responsabilité constitutionnelle envers ces institutions au législateur fédéral. Toute obligation linguistique de la G.R.C. découlerait donc de son contrat avec la province, autorisé par sa loi habilitante[59], en vertu duquel l'institution accepte d'être liée par la loi provinciale applicable.[60] Par ailleurs, il est possible de faire enquête concernant une institution fédérale[61], mais l'enquête ne peut porter ou remettre en cause la gestion interne de l'institution[62].

D'autre part, des institutions provinciales appliquent plusieurs lois fédérales. Les cours provinciales jugent plusieurs infractions au *Code criminel*. Les services fiscaux québécois gèrent la taxe fédérale sur les produits et services. En vertu de plusieurs ententes fédérales-provinciales, le gouvernement fédéral a dévolu la responsabilité de la mise en œuvre de programmes fédéraux ou partagés aux administrations publiques des provinces. Sur le plan strict du partage des compétences, la langue des fonctions publiques provinciales est une question qui relève des provinces. Le gouvernement fédéral tente de résoudre le problème en incluant dans les ententes de dévolution des clauses linguistiques, clauses que la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* lui impose de prévoir. Dans l'état actuel du droit c'est insuffisant.

---

57 Article 43 de la loi.

58 *Irwin Toys c. Québec (Procureur général)*, [1989] A.C.S. n° 36, [1989] 1 R.C.S. 927.

59 *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), c. R-10, art. 20.

60 Dans *Société des acadiens et acadiennes du Nouveau-Brunswick c. Canada*, [2005] A.C.F. n° 1587, 2005 CF 1172, la Cour fédérale confirme que la G.R.C. est assujettie aux articles 16(2) et 16.1 de la Charte et doit respecter les obligations linguistiques provinciales.

61 *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60.

62 *Alberta (Procureur général) c. Putnam*, [1981] 2 R.C.S. 267; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité au travail)*, [1988] A.C.S. n° 41, [1988] 1 R.C.S. 749; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois*, [1988] A.C.S. n° 37, [1988] 1 R.C.S. 868.

Les affaires *Canada Assistance Plan* et *Finlay* montrent les difficultés de faire appliquer juridiquement des ententes fédérales-provinciales; de plus les affaires *Authorson* et *NAPE* confirment la liberté des législateurs de restreindre des droits pour des raisons financières.

Encore une fois, il s'agit ici du statut juridique exact des ententes fédérales-provinciales.

L'accord de Charlottetown proposait un mécanisme de constitutionnalisation de ces ententes. Mais il y a d'autres voies. Dans l'affaire *Wells*[63] la Cour suprême du Canada fait primer un contrat sur une loi, au sens où les droits issus d'un contrat ne sont pas éteints par l'adoption d'une loi qui met fin au contrat. Même dans l'affaire *Authorson,* la Cour indique qu'il a fallu une mention très explicite pour parvenir à ce résultat. Déjà, la qualité pour agir a été élargie pour la contestation de l'application d'ententes fédérales-provinciales dans l'arrêt *Finlay n 1*[64], ce qui permet aux organismes représentant les communautés linguistiques de s'en prévaloir. Si le droit relatif aux ententes fédérales-provinciales pouvait évoluer en empruntant des concepts du droit des contrats plutôt que du droit constitutionnel, il serait peut-être possible de circonvenir la difficulté de faire respecter les clauses linguistiques dans ces contrats. L'on objectera que la constitutionnalité de ces clauses est sujette à caution. La matière d'un contrat n'a pas à respecter le partage des compétences et les clauses linguistiques des ententes fédérales-provinciales sont donc valides sur ce plan.

Dans l'affaire des contraventions[65], la Cour fédérale aborde une telle situation en affirmant que le fait d'avoir confié au procureur général de l'Ontario la responsabilité des poursuites pour les contraventions fédérales, tout en ne veillant pas au respect des droits linguistiques garantis par la *Loi sur les langues officielles* du Canada, représentait une violation de ces droits. En effet, le procureur général, puis les municipalités à qui ce pouvoir avait ensuite été dévolu, agissaient alors « pour le compte » de l'institution fédérale, ce qui entraînait pour celle-ci l'obligation de veiller au respect des droits linguistiques. Ayant comparé le régime linguistique fédéral avec celui de l'Ontario, tant sur le plan des services publics que sur celui des tribunaux judiciaires, la Cour tire la conclusion suivante :

---

63 *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] A.C.S. n° 50, [1999] 3 R.C.S. 199.

64 *Finlay c. Canada (ministre des finances)*, [1986] A.C.S. n° 73, [1986] 2 R.C.S. 607.

65 *Canada (Commissaire aux langues officielles) c. Canada (ministère de la justice)*, [2001] A.C.F. n° 431.

> Je n'ai donc pas d'hésitation à conclure que les mesures prises par la partie défenderesse en application de la LC et les ententes intervenues entre la partie défenderesse et le gouvernement de l'Ontario et les ententes municipales subséquentes ne protègent pas adéquatement et en totalité les droits linguistiques quasi-constitutionnels prévus par les dispositions des articles 530 et 530.1 du Code criminel et par la partie IV de la LLO.
>
> La violation des droits linguistiques prévus aux articles 530 et 530.1 du Code criminel et à la partie IV de la LLO, constitue également une violation des droits prévus aux articles 16 à 20 de la Charte[66].

La Cour impose au gouvernement fédéral l'obligation d'inclure une clause linguistique dans toute entente de dévolution des pouvoirs en matière de contraventions aux lois fédérales. Ce principe peut s'étendre à d'autres situations dans lesquelles une institution provinciale fait respecter une loi fédérale. Il est possible de se demander s'il n'y a pas lieu de l'appliquer à des questions comme l'aide juridique en matière criminelle, les procédures en divorce ou la faillite.

V. De nouveaux mécanismes du fédéralisme

Il existe une manière de contourner tous les problèmes évoqués ci-dessus, tant ceux relatifs à l'exercice inadéquat de la compétence que ceux relatifs aux régimes linguistiques en conflit : c'est de créer des nouvelles majorités linguistiques. Nous entrons ici dans le monde fascinant et glissant du fédéralisme-fiction, lieu de l'imagination, des idées et des projets dont on ne sait s'ils sont visionnaires ou farfelus.

Comment peut-on créer de nouvelles majorités? Soit en reconnaissant les municipalités linguistiquement homogènes – le Nouveau-Brunswick l'a fait jusqu'à un certain point – en leur imposant des obligations dans certaines circonstances, mais en tenant compte du caractère linguistiquement homogène des municipalités : celles qui sont quasi entièrement francophones ou anglophones fonctionnent dans cette langue[67]. Verrait-on un mouvement national de reconnaissance de municipalités linguistiquement homogènes, un peu comme la ville de Dieppe le déclare : municipalité francophone qui offre des services à sa population

---

66 *Id.*, par. 182 et 183.

67 *Loi sur les langues officielles*, *supra*, note 23, art. 35 à 38.

dans les deux langues? Par ailleurs les municipalités ne pourraient-elles pas exercer leur compétence dans le sens de la ville de Clarence-Rockland en Ontario et imposer l'affichage commercial bilingue dans les limites de son territoire? Pourrait-on concevoir des territoires administratifs fédéraux superposés pour la livraison de services fédéraux? Pourrait-on transposer le concept de dualité en éducation, utilisé au Nouveau-Brunswick, à la sphère fédérale? Verrait-on des ministères fédéraux à vocation culturelle – Patrimoine, Justice, Industrie Canada – dans ses aspects internes, compter deux sous-ministres adjoints et deux sections, une pour les services en français et une pour les services en anglais? Sans aller jusque-là, serait-il possible et souhaitable que le Parlement fédéral adopte une clause omnibus dans la *Loi sur les langues officielles* qui imposerait à toute institution fédérale œuvrant dans le domaine culturel de tenir compte dans ses programmes de la dualité linguistique au Canada?

Il a déjà été suggéré que le Sénat réformé joue un rôle plus actif en matière de promotion de la dualité linguistique. Des votes à double majorité, des sièges garantis pour les communautés linguistiques, des compétences exclusives assignées au Sénat sur des questions de langue et de culture pourraient permettre d'atteindre certains de ces objectifs et constituer de nouvelles majorités.

La suggestion la plus audacieuse formulée à ce jour consistait à créer une province francophone hors Québec, fondée sur l'adhésion personnelle, avec tous les pouvoirs d'une province, y compris celui de taxer. Cette province aurait un territoire pancanadien; elle s'occuperait de santé, d'éducation, de municipalités, de services sociaux, bref exercerait tous les pouvoirs d'une province[68]. L'avenir de cette idée n'est pas très reluisant. Si le processus de création de nouvelles provinces est complexe, il est juridiquement plus facile de créer de nouveaux territoires fédéraux. Mais le concept de partition d'un territoire provincial pose des difficultés politiques et juridiques qui le rendent quasiment impraticable. Seule une profonde reconfiguration des structures politiques fédérales au Canada permettrait – peut-être – d'envisager la possibilité de multiplier des territoires fédéraux. Verrait-on le Labrador, la Péninsule acadienne et le Madawaska, le Nord ontarien, s'ériger en territoire fédé-

---

[68] David ELKINS, *Where Should the Majority Rule? Reflections on Non-territorial Provinces and Other Constitutional Proposals,* Edmonton, Centre d'études constitutionnelles/Center for Constitutional Studies, Points de vue n° 1, 1992.

ral de façon à regrouper des francophones? L'Ouest de Montréal regroupant une majorité anglophone? Cette idée demeurera dans le royaume du fédéralisme-fiction pour longtemps.

Enfin, divers projets de réforme électorale agitent les provinces canadiennes ces années-ci[69]. La dualité linguistique et la protection des minorités font partie des critères de découpage des circonscriptions électorales[70]. Dans l'affaire *Raîche c. Canada*[71], la Cour fédérale annule un découpage de circonscription électorale qui faisait passer des régions majoritairement acadiennes dans des circonscriptions électorales à majorité anglophone. La Cour conclut ce qui suit :

> La Commission a décidé qu'en transférant des paroisses de la circonscription d'Acadie-Bathurst à celle de Miramichi, elle respectait la communauté d'intérêts des paroisses. Cette décision, pourtant, est erronée parce qu'elle n'a pas tenu compte de la preuve devant elle. De plus, en disant que l'ajout des acadiens à la circonscription de Miramichi allait augmenter le pourcentage des acadiens et ensuite allait augmenter le pouvoir politique de la collectivité acadienne est manifestement déraisonnable, car le pourcentage des francophones n'augmentait pas avec l'addition des paroisses de Saumarez, Allardville et Bathurst à la circonscription de Miramichi[72].

Une nouvelle commission a été nommée; dans son rapport final, celle-ci réintègre les paroisses visées dans leur ancienne circonscription et fait le constat suivant :

> Compte tenu de l'existence d'une communauté d'intérêts d'ordre linguistique, économique et culturel largement partagée par la population des paroisses d'Allardville et de Bathurst avec l'ensemble de la circonscription d'Acadie-Bathurst et plus particulièrement, avec la ville de Bathurst, la commission estime qu'il est éminemment souhaitable et justifié de rattacher ces deux régions à la circonscription électorale d'Acadie-Bathurst pour en assurer une représentation plus

---

69 Voir p. ex. COMMISSION SUR LA DEMOCRATIE LEGISLATIVE DU NOUVEAU-BRUNSWICK, *Rapport final*, Fredericton, Janvier 2005.

70 *Charlottetown (City) v. Prince Edward Island*, [1998] P.E.I.J. n° 88 (S.C. (A.D.)).

71 *Raîche c. Canada (Procureur général)*, [2004] A.C.F. n° 839.

72 *Id.*, par. 103.

> effective et améliorer la participation de la population au processus électoral et au développement de leurs collectivités[73].

La démocratie est un principe constitutionnel non écrit qui doit se conjuguer avec celui de la protection des minorités. Comme le choix des députés fait partie des processus de mise en œuvre de la démocratie, le découpage des circonscriptions électorales doit donc veiller à préserver des majorités électorales sur une base linguistique lorsque la démographie et la géographie locales le permettent.

VI. Conclusion

Le fédéralisme représente une tendance lourde du constitutionnalisme au Canada. Même les menaces d'uniformisation que pouvaient faire peser la Charte sur la diversité fédérale ne se sont pas matérialisées dans le droit : on retrouve maintes allusions dans la jurisprudence à un concept que les tribunaux ne nomment pas mais que le vocabulaire moderne du fédéralisme appelle l'asymétrie. C'est aussi vrai en droit linguistique que dans tout autre domaine.

L'asymétrie est pleine de vertus si elle conduit à une vraie progression vers l'égalité linguistique. Si elle conduit à créer deux classes de communautés linguistiques au Canada, les nanties et les autres, alors je serai un partisan de l'uniformité. Si l'uniformité persiste à considérer qu'en droit la situation des anglophones et des francophones au Canada est la même, je serai partisan de l'asymétrie. En fait, la langue anglaise ne souffre d'aucun complexe, d'aucune difficulté au Canada. Elle se porte bien, soit comme langue maternelle, soit comme langue seconde. La langue française quant à elle peine à se faire reconnaître, malgré le fait qu'elle soit une langue internationale d'influence dans le monde.

Je pense enfin que s'il se développe convenablement, le Conseil de la fédération pourrait jouer un rôle utile. Déjà, le fait que les ministres provinciaux responsables des dossiers linguistiques se réunissent est une avancée; mais un tel regroupement pourrait accomplir bien plus que le seul partage d'informations et de « best practices ». Nous avons déjà des modèles dans le Conseil des ministres de l'Éducation du Canada, dans le

---

[73] Rapport final de la Commission de délimitation des circonscriptions électorales – Acadie Bathurst et Miramichi aux pages 3-4. Je divulgue que j'étais l'un des commissaires de cette nouvelle Commission.

Conseil des premiers ministres de l'Atlantique ou de l'Ouest. Le Conseil de la fédération, dit-on, est encore à l'état embryonnaire; j'y vois une instance qui pourrait jouer un rôle beaucoup plus actif et dynamique et se saisir du dossier linguistique. Le fédéralisme coopératif doit investir le champ de la dualité linguistique au Canada.

Le fédéralisme a ceci de positif qu'il a pour effet de créer des majorités et nous sort de la dynamique majorité-minorité ou de celle de l'opposition entre compétence législative et droits constitutionnels. Nous n'avons pas assez exploité ses possibilités et nous gagnerions à réfléchir à des scénarios plus audacieux et plus structurants que l'ajout de droits dans la Charte ou les efforts d'interprétation de plus en plus audacieux des droits qui existent. Ces outils n'ont pas fini de nous livrer toute leur saveur, mais puisque nous avons été invités à regarder vers l'avenir, l'avenir réside dans la mobilité, dans l'interdépendance. Les structures actuelles sont rigides et fermées. Nous devons chercher à partager la souveraineté, le pouvoir et les ressources de façon à encourager les communautés linguistiques à grandir plutôt que les laisser se débattre. La fédéralisation de la question linguistique ne doit pas nous entraîner dans la voie du recul mais dans celle de la progression.