

Le concept d'égalité dans les dispositions linguistiques et à l'article 15 de la *Charte* : y a-t-il des liens ?

Yves Le Bouthillier*

Mon propos portera sur les articles 16 à 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (les dispositions linguistiques) afin d'examiner dans quelle mesure il existe des liens entre ceux-ci et l'article 15. En examinant la question sous différents angles, il est possible de conclure à des liens, à des absences de liens, à des liens probables et à des liens difficiles.

I. Comme point de départ, soulignons un lien évident : l'égalité est une notion centrale, tout autant pour les dispositions linguistiques que pour l'article 15.

La notion d'égalité imprègne l'ensemble des dispositions linguistiques. On la retrouve expressément à l'article 16, la disposition introductive des dispositions linguistiques de la *Charte*:

Le paragraphe 16(1) prescrit:

16. (1) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada; ils ont un statut et des droits et privilèges **égaux** quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada.¹

Notons toutefois que ce paragraphe proclame l'égalité des deux langues² et non, comme le fait le paragraphe 15(1), l'égalité de personnes.

À son tour, le paragraphe 16(3) fait de l'égalité une aspiration légitime du Parlement et des législatures : « (3) La présente charte ne

* Président de la Commission du droit du Canada.

¹ Nous soulignons. L'article 16(2), applicable au Nouveau-Brunswick, est formulé dans des termes semblables : « (2) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Nouveau-Brunswick; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions de la Législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick. »

² À ce sujet voir N. Vaz, « Le principe d'égalité des langues officielles » dans Michel Bastarache, *Les droits linguistiques au Canada*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, aux pages 664 et 703.

limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures de favoriser la **progression vers l'égalité** de statut ou d'usage du français et de l'anglais » (nous soulignons).

Nicole Vaz observe que cette disposition n'oblige pas les gouvernements à agir, mais les protège contre des actions contestant l'adoption de législation privilégiant uniquement l'anglais et le français³. Elle permet donc une action positive, de nature permanente, en faveur de ces langues. Elle s'apparente ainsi au paragraphe 15(2) qui permet de même à l'État de prendre des mesures positives en faveur d'individus et de groupes défavorisés.

L'article 16.1, quant à lui, est d'un tout autre ordre car il garantit l'égalité des droits et des privilèges des communautés linguistiques francophone et anglophone au Nouveau-Brunswick. Il s'agit ici d'un droit collectif à l'égalité, reconnaissant ainsi que la protection de la langue est liée à la protection du groupe qui la parle.

16.1. (1) La communauté linguistique française et la communauté linguistique anglaise du Nouveau-Brunswick **ont un statut et des droits et privilèges égaux**, notamment le droit à des institutions d'enseignement distinctes et aux institutions culturelles distinctes nécessaires à leur protection et à leur promotion.⁴

Les art. 17 à 20 reconnaissent un statut égal au français et à l'anglais, du moins à l'échelle fédérale et au Nouveau-Brunswick, dans les débats et travaux législatifs⁵, dans les lois⁶, devant les tribunaux⁷ et

³ *Id.*, 662.

⁴ Nous soulignons. Le paragraphe 16.1(2) se lit comme suit : « (2) Le rôle de la législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick de protéger et de promouvoir le statut, les droits et les privilèges visés au paragraphe (1) est confirmé. »

⁵ **17. (1)** Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans les débats et travaux du Parlement.

(2) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans les débats et travaux de la Législature du Nouveau-Brunswick.

⁶ **18. (1)** Les lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux du Parlement sont imprimés et publiés en français et en anglais, les deux versions des lois ayant également force de loi et celles des autres documents ayant même valeur.

(2) Les lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux de la Législature du Nouveau-Brunswick sont imprimés et publiés en français et en anglais, les deux versions des lois ayant également force de loi et celles des autres documents ayant même valeur.

⁷ **19. (1)** Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux établis par le Parlement et dans tous les actes de procédure qui en découlent.

(2) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux du Nouveau-Brunswick et dans tous les actes de procédure qui en découlent.

dans la prestation de services gouvernementaux⁸, bien que dans ce dernier cas certains services dépendent de l'ampleur de la demande ou de la vocation d'un bureau.

Encore là, il s'agit davantage d'une égalité des langues que d'une égalité entre personnes francophones et anglophones car une personne peut user de l'une ou de l'autre langue, par exemple devant les tribunaux ou encore lorsqu'elle demande des services gouvernementaux, indépendamment de sa langue maternelle⁹.

Enfin, soulignons l'article 23, qui confère notamment à une personne d'une minorité de langue officielle dans une province le droit de faire éduquer ses enfants dans sa langue. Là encore, la notion d'égalité n'est pas expressément formulée. Toutefois, dans l'affaire *Mahe* le juge Dickson écrivait : « De toute évidence, l'art. 23 renferme une notion d'égalité entre les groupes linguistiques des deux langues officielles du Canada. »¹⁰

De plus, traitant de la nature de l'éducation qui est offerte à la majorité et la minorité linguistique d'une province, il précise que « [...] la qualité de l'éducation donnée à la minorité devrait en principe être égale à celle de l'éducation dispensée à la majorité »¹¹.

Si le concept d'égalité se trouve au centre des dispositions linguistiques, celles-ci ne disent par ailleurs pas un mot sur le concept de discrimination. On ne retrouve pas davantage le concept dans les

⁸ 20. (1) Le public a, au Canada, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec le siège ou l'administration centrale des institutions du Parlement ou du gouvernement du Canada ou pour en recevoir les services; il a le même droit à l'égard de tout autre bureau de ces institutions là où, selon le cas :

- a) l'emploi du français ou de l'anglais fait l'objet d'une demande importante;
- b) l'emploi du français et de l'anglais se justifie par la vocation du bureau.

(2) Le public a, au Nouveau-Brunswick, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec tout bureau des institutions de la législature ou du gouvernement ou pour en recevoir les services.

⁹ Dans l'affaire *R. c. Beaulac*, [1999] A.C.S. n° 25, [1999] 1 R.C.S. 768 [ci-après : *Beaulac*], concernant le droit à un procès en français, le juge Bastarache écrit, au paragraphe 34 : « Les principes sur lesquels le droit linguistique est fondé, le fait que le droit de base est absolu, l'exigence d'égalité dans la prestation de services dans les deux langues officielles au Canada et la nature substantielle du droit indiquent tous que les Canadiens sont libres d'affirmer que l'une ou l'autre langue officielle est la leur. [...] Si l'accusé a une connaissance suffisante d'une langue officielle pour donner des directives à son avocat, il pourra affirmer cette langue comme sa langue, indépendamment de sa capacité de parler l'autre langue officielle. » (Les soulignés sont dans l'original.)

¹⁰ *Mahe c. Alberta*, [1990] A.C.S. n° 19, [1990] 1 R.C.S. 342, 369 [nous soulignons] [ci-après : *Mahe*].

¹¹ *Id.*, 378 [nous soulignons].

arrêts rendus par la Cour suprême du Canada sur ces dispositions. L'égalité règne seule comme concept. C'est aussi une reine éternelle car, contrairement à l'article 15, les dispositions linguistiques ne sont pas assujetties à la clause nonobstant (art. 33) de la Charte. Les législatures peuvent cependant justifier des limitations à ces dispositions en vertu de l'article 1.

Toutefois, derrière le concept d'égalité se profile celui de discrimination. Ainsi, pour Warren Newman, l'existence même de l'article 23 s'explique par le besoin de remédier à une discrimination historique :

Section 23 was designed to remedy historic injustice and to assist in reversing the ravages of a long-standing governmental policy of overt oppression of the minority language and of active assimilation of the minority population, — particularly of the French-speaking communities in Ontario, Manitoba and other provinces outside Quebec. History has shown that these minorities have been often vulnerable to attack by discriminatory legislation enacted by provincial majorities; legislation aimed at eradicating the official use of the minority language from public life and abrogating the legitimate rights and expectations of the minority to be able to school their children in that language.¹²

II. Passons maintenant à une absence de lien : l'article 15 ne peut pas servir à l'interprétation des dispositions linguistiques.

Dans l'affaire *Andrews*, le juge McIntyre avait déclaré : « La garantie offerte par le par. 15(1) est la plus générale de toutes. Elle s'applique et sert d'appui à tous les autres droits garantis par la Charte. »¹³ Pourtant, quelques mois plus tard, dans l'affaire *Mahe*, le juge Dickson refuse d'interpréter l'article 23 à la lumière de l'article 15 :

¹² Warren NEWMAN, « Understanding Language Rights, Equality and the Charter », (2004) 15 *N.J.C.L.* 364, 385. Voir aussi les commentaires de la Cour suprême du Canada dans *Procureur général du Québec c. Québec Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, 79 : « L'article 23 de la Charte constitue, dans sa spécificité, un ensemble unique de dispositions constitutionnelles, tout à fait particulier au Canada. [...] Cet ensemble de dispositions, le législateur constituant ne l'a pas édicté dans l'abstrait. Quand il l'a adopté, il connaissait et il avait évidemment à l'esprit le régime juridique réservé aux minorités linguistiques anglophone et francophone relativement à la langue de l'enseignement par les diverses provinces au Canada. Il avait également à l'esprit l'histoire de ces régimes juridiques, tant l'histoire relativement ancienne comme celle du Règlement 17 qui a restreint pour un temps l'enseignement en français dans les écoles séparées de l'Ontario – *Ottawa Separate Schools Trustees c. Mackell*, [1917] A.C. 62 – que l'histoire relativement récente comme celle de la *Loi 101* et des régimes qui l'ont précédée au Québec. »

¹³ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] A.C.S. n° 6, [1989] 1 R.C.S. 143, 169 [nous soulignons] [ci-après : *Andrews*].

Bien qu'il soit souvent utile de tenir compte de l'interrelation de divers articles de la *Charte*, je ne crois pas, aux fins de l'interprétation de l'art. 23, qu'on ait avantage à se référer à l'art. 15 ou à l'art. 27 dans le présent contexte. En effet, l'art. 23 établit un code complet régissant les droits à l'instruction dans la langue de la minorité. [...] À part cela, toutefois, cet article constitue d'abord et avant tout une exception aux dispositions des art. 15 et 27 en ce qu'il accorde à ces groupes, anglophone et francophone, un statut spécial par rapport à tous les autres groupes linguistiques au Canada. Comme le fait observer le procureur général de l'Ontario, il serait déplacé d'invoquer un principe d'égalité destiné à s'appliquer universellement à "tous" pour interpréter une disposition qui accorde des droits particuliers à un groupe déterminé.¹⁴

On peut penser qu'une telle analyse s'applique aussi aux autres dispositions linguistiques.

Refusant d'interpréter une clause d'égalité par une autre, la Cour souligne aussi que l'article 15 revêt une dimension universelle que ne possèdent pas les dispositions linguistiques¹⁵. Il serait en effet difficile d'imaginer une charte des droits et libertés dans quelque pays que ce soit sans une disposition sur l'égalité, car ce principe, contrairement aux dispositions linguistiques de la *Charte*, transcende l'histoire d'un pays en particulier et constitue un élément incontournable dans tout document portant sur les droits fondamentaux.

La Cour y affirme, dans le passage de l'affaire *Mahe* mentionné ci-dessus, que l'article 23 accorde un statut spécial à des groupes francophones et anglophones. Il faut toutefois rappeler qu'il s'agit de groupes bien précis composés pour l'essentiel de membres de minorités linguistiques de langue officielle dans une province, minorités qui n'ont évidemment pas de poids politique déterminant et qui, comme le fait remarquer Newman¹⁶, ont généralement été privées, avant l'article 23, du droit de faire éduquer leurs enfants dans l'une des deux langues

¹⁴ *Mahe*, précité, note 10, 369.

¹⁵ Voir également les propos de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Procureur général du Québec c. Québec Protestant School Boards*, précité, note 12, 79 : « L'article 23 de la *Charte* n'est pas, comme d'autres dispositions du même document constitutionnel, de ceux que l'on rencontre communément dans les chartes et déclarations de droits fondamentaux du même genre. Il n'est pas la codification de droits essentiels, préexistants et plus ou moins universels que l'on voudrait confirmer et peut-être préciser, étendre ou modifier et auxquels on veut surtout conférer une primauté et une intangibilité nouvelles en les enchâssant dans la loi suprême du pays. »

¹⁶ W. NEWMAN, *loc. cit.*, note 12.

officielles du pays alors que les majorités provinciales n'avaient évidemment pas à faire face à de telles contraintes¹⁷.

III. Troisièmement, revenons à un lien : il y a des similarités dans l'analyse des concepts d'égalité que l'on trouve dans les dispositions linguistiques et à l'art. 15.

La Cour suprême du Canada a reconnu que l'article 15 repose sur un compromis politique au même titre que les dispositions linguistiques.

Même si les droits linguistiques constitutionnels découlent d'un compromis politique, ceci n'est pas une caractéristique qui s'applique uniquement à ces droits. A. Riddell, dans "À la recherche du temps perdu: la Cour suprême et l'interprétation des droits linguistiques constitutionnels dans les années 80" (1988), 29 *C. de D.* 829, à la p. 846, souligne que l'adoption des art. 7 et 15 de la *Charte* résulte aussi d'un compromis politique et soutient, à la p. 848, que l'histoire constitutionnelle du Canada ne fournit aucune raison de penser qu'un tel compromis politique exige une interprétation restrictive des garanties constitutionnelles. Je conviens que l'existence d'un compromis politique n'a aucune incidence sur l'étendue des droits linguistiques.¹⁸

Que le libellé précis des dispositions linguistiques de la *Charte* résulte d'un compromis politique ne fait pas de doute. Toutefois, cela est aussi vrai pour l'article 15 car, même s'il renferme une notion universelle, sa formulation reflète le concept d'égalité tel qu'il était compris au Canada à un moment précis de son histoire. Dans l'un ou l'autre cas, la Cour précise que leur origine politique ne justifie aucunement une interprétation restrictive.

La Cour suprême du Canada a aussi affirmé le caractère réparateur tant de l'article 15 que des dispositions linguistiques. Dans les deux cas, il s'agit de remédier aux injustices de l'histoire comme le font ressortir les propos suivants de la Cour suprême du Canada, d'abord sur l'article 15, puis sur l'article 23 :

[...]cette disposition était une garantie contre le fléau de l'oppression et qu'elle était conçue pour remédier à la restriction inéquitable des

¹⁷ Après la conférence, la Cour suprême a rendu l'arrêt *Solski (Tuteur de) c. Procureur général du Québec*, [2005] A.C.S. n° 14, [2005] 1 R.C.S. 201 [ci-après : *Solski*], dans laquelle elle a clarifié ses propos dans l'arrêt *Mahe*. En effet la Cour écrit au paragraphe 20 : « L'article 23 a été qualifié d'exception aux art. 15 et 27 de la *Charte canadienne*; il est plutôt un exemple des moyens de réaliser l'égalité réelle dans le contexte particulier des communautés linguistiques minoritaires. »

¹⁸ *Beaulac*, précité, note 9, par. 24.

possibilités, particulièrement en ce qui concerne les personnes et les groupes qui ont fait l'objet, au cours de l'histoire, de désavantages, de préjugés et de stéréotypes¹⁹.

[...]le droit conféré devrait être interprété d'une façon réparatrice, compte tenu des injustices passées qui n'ont pas été redressées et qui ont nécessité l'enchâssement de la protection des droits linguistiques de la minorité²⁰.

De même, la Cour suprême a souligné qu'il s'agit de rechercher l'égalité réelle par l'entremise de l'article 15 et des dispositions linguistiques.

Il faut chercher ce qui se cache derrière les mots et se demander si la définition légale ne perpétue pas en soi une inégalité au lieu d'y remédier. Le paragraphe 15(1) n'exige pas simplement l'égalité formelle, mais l'égalité réelle[...]²¹

L'égalité n'a pas un sens plus restreint en matière linguistique. En ce qui concerne les droits existants, l'égalité doit recevoir son sens véritable. Notre Cour a reconnu que l'égalité réelle est la norme applicable en droit canadien. Quand on instaure le bilinguisme institutionnel dans les tribunaux, il s'agit de l'accès égal à des services de qualité égale pour les membres des collectivités des deux langues officielles au Canada.²²

IV. Délions à nouveau l'article 15 et les dispositions linguistiques :

Les dispositions linguistiques, en particulier l'article 23, ont une dimension nettement collective, facilitant ainsi ce que les tribunaux ont résisté pour l'article 15, soit la reconnaissance d'obligations positives pour l'État.

Bruce Porter²³ nous rappelait les espoirs engendrés par l'article 15 en 1985. Il devait s'agir d'un nouveau type d'article, porteur

¹⁹ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] A.C.S. n° 12, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 42 [ci-après : *Law*] où la Cour résume son analyse dans l'affaire *Andrews*, précité, note 13. La Cour ajoute dans l'affaire *Law*, au par. 88 : « Une démarche fondée sur l'objet et sur le contexte doit plutôt être utilisée en vue de l'analyse relative à la discrimination pour permettre la réalisation de l'important objet réparateur qu'est la garantie d'égalité et pour éviter les pièges d'une démarche formaliste ou automatique. »

²⁰ *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] A.C.S. n° 26, [1993] 1 R.C.S. 839, 850-851.

²¹ *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [2004] A.C.S. n° 71, [2004] 3 R.C.S. 657, au par. 40.

²² *Beaulac*, précité, note 9, par. 22.

²³ Voir la contribution de cet auteur au présent volume.

d'obligations positives pour l'État, un article transformateur de société. Il y avait bel et bien un tel article dans la Charte. Toutefois, force est de constater que cet article, jusqu'à maintenant, n'a pas été l'article 15, mais bien l'article 23. À son sujet, la Cour suprême a déclaré dans l'affaire *Mahe* :

Cette disposition énonce un nouveau genre de garantie juridique, très différente de celles dont les tribunaux ont traditionnellement traité. Tant son origine que la forme qu'il revêt témoignent du caractère inhabituel de l'art. 23. En effet, l'art. 23 confère à un groupe un droit qui impose au gouvernement des obligations positives de changer ou de créer d'importantes structures institutionnelles. S'il y a lieu d'être prudent dans l'interprétation d'un tel article, cela ne veut pas dire que les tribunaux ne devraient pas "insuffler la vie" à l'objet exprimé ou devraient se garder d'accorder les réparations, nouvelles peut-être, nécessaires à la réalisation de cet objet.²⁴

De même, dans l'affaire *Beaulac*, le juge Bastarache souligne bien la nature collective des dispositions linguistiques en indiquant qu'elles vont plus loin que le concept de dignité humaine, concept d'abord rattaché à l'individu dans l'art. 15²⁵ : « [...] il n'existe pas de contradiction entre la protection de la liberté individuelle et de la *dignité personnelle* et l'objectif plus étendu de reconnaître les droits des collectivités de langue officielle »²⁶.

Les droits prévus à l'article 23 exigeant pour leur réalisation l'intervention de l'État, il n'est pas surprenant que la Cour suprême ait

²⁴ *Mahe*, précité, note 10, 365. De même dans l'affaire *Beaulac*, précité, note 9, par. 20, le juge Bastarache écrit : « L'objectif de protéger les minorités de langue officielle, exprimé à l'art. 2 de la *Loi sur les langues officielles*, est atteint par le fait que tous les membres de la minorité peuvent exercer des droits indépendants et individuels qui sont justifiés par l'existence de la collectivité. Les droits linguistiques ne sont pas des droits négatifs, ni des droits passifs; ils ne peuvent être exercés que si les moyens en sont fournis. »

²⁵ Notons toutefois que dans l'affaire *Law*, précité, note 19, par. 53, la Cour rattache le concept de dignité humaine à la protection autant des groupes que des individus.

²⁶ *Beaulac*, précité, note 9, par. 20 [nous soulignons]. Notons toutefois que dans la récente affaire *Solski*, *supra*, note 17, au par. 23, la Cour suprême a tenu à préciser qu'en dépit de leur dimension collective, les droits conférés à l'article 23 sont en définitive des droits individuels : « L'article 23 vise clairement à protéger et à préserver, partout au Canada, les deux langues officielles et les cultures qui s'y rattachent; son application touche forcément l'avenir des communautés linguistiques minoritaires. Les droits garantis par l'art. 23 sont, dans ce sens, des droits collectifs[...]. Néanmoins, bien qu'ils présupposent l'existence d'une communauté linguistique susceptible d'en bénéficier, ces droits ne se définissent pas avant tout comme des droits collectifs. Un examen attentif de la formulation de l'art. 23 révèle qu'il s'agit de droits individuels en faveur de personnes appartenant à des catégories particulières de titulaires de droits. »

reconnu, dans l'affaire *Doucet-Boudreau*, que les tribunaux puissent ordonner à l'État de prendre des mesures réparatrices concrètes afin de contrer l'inaction de ce dernier²⁷.

Les droits prévus à l'article 23 sont on ne peut plus participatifs, car leur effectivité réelle repose sur un certain contrôle accordé aux membres des groupes minoritaires. La Cour suprême reconnaît que la majorité, intentionnellement ou non, ne comprend pas toujours les besoins du groupe minoritaire. Elle affirme dans l'affaire *Mahe* : « il est indispensable [...] que, dans chaque case où le nombre le justifie, les parents appartenant à la minorité linguistique aient une certaine mesure de gestion et de contrôle à l'égard des établissements d'enseignement où leurs enfants se font instruire. *Cette gestion et ce contrôle sont vitaux pour assurer l'épanouissement de leur langue et de leur culture.* [...] [O]n 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 minorité. »²⁸

On peut se demander si la majorité comprend davantage les besoins des groupes isolés de l'article 15.

Je note toutefois qu'il ne faut pas pour autant s'imaginer que les tribunaux n'accordent pas une certaine déférence à l'État. En ce qui concerne l'art. 23, la Cour ne voudra pas accorder plus de contrôle au groupe minoritaire que ce qui est réellement nécessaire pour remplir les objectifs de cet article. Elle précise, toujours dans l'affaire *Mahe* :

Lorsqu'il y a diverses façons de répondre aux exigences, les pouvoirs publics peuvent choisir le moyen de remplir leurs obligations. Dans certains cas, cette méthode peut amener d'autres litiges pour déterminer si les exigences générales établies par la cour ont été appliquées. Je ne vois pas comment cela peut être évité[...].²⁹

De plus, la Cour a reconnu des limites de nature financière à la réalisation des objectifs de l'article 23.

Le second facteur, soit le coût des services, n'est pas explicitement pris en compte normalement pour déterminer si une personne se verra ou non accorder un droit prévu dans la *Charte*. Dans le cas de l'art. 23,

²⁷ *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] A.C.S. n° 63, [2003] 3 R.C.S. 3 [ci-après : *Doucet-Boudreau*].

²⁸ *Mahe*, précité, note 10, 372.

²⁹ *Id.*, 376.

cependant, cette considération s'impose. À la différence d'autres dispositions, l'art. 23 ne crée pas un droit absolu.³⁰

Toutefois, elle reconnaît aussi du même coup que du financement additionnel à celui reçu par la majorité peut être nécessaire dans certaines situations :

Il convient de souligner que les fonds affectés aux écoles de la minorité linguistique doivent être au moins équivalents, en proportion du nombre d'élèves, aux fonds affectés aux écoles de la majorité. Dans des circonstances particulières, les écoles de la minorité linguistique pourraient être justifiées de recevoir un montant supérieur, par élève, à celui versé aux écoles de la majorité.³¹

Les minorités linguistiques de langue officielle ont dû revendiquer le respect de leurs droits par les gouvernements de manière répétitive depuis 1982. Elles ont entrepris des actions dans pratiquement toutes les provinces, utilisant à ces fins des énergies qu'elles auraient pu mettre ailleurs. Par conséquent, même l'existence d'obligations positives ne garantit pas le succès. Il faut toujours pousser les gouvernements à agir. Cela est aussi vrai pour l'article 23 que pour l'article 15. Dans le cas de l'article 23, on a parfois l'impression que certains gouvernements mènent une guerre d'usure, sachant que plus le temps passe sans la mise sur pied d'infrastructures scolaires adéquates, plus le nombre de titulaires de droits en vertu de l'article 23 diminue.

Soulignons enfin à ce chapitre que les difficultés concernant le groupe comparatif pour l'article 15, difficultés soulignées par Dianne Pothier³², ne sont pas de la même ampleur pour l'article 23. Le groupe comparatif en ce qui a trait à l'article 23 est la majorité. Il pourrait toutefois être difficile, dans certains cas, de déterminer si des services offerts à la minorité sont de qualité égale à ceux de la majorité, de même que de décider quel est le nombre approprié de membres du groupe majoritaire et quelle région utilisée (rurale, urbaine) aux fins de comparaison. Rappelons toutefois qu'au-delà du groupe comparatif, l'article 23 vise :

[...] à maintenir les deux langues officielles du Canada ainsi que les cultures qu'elles représentent et à favoriser l'épanouissement de

³⁰ *Id.*, 385.

³¹ *Id.*, 378.

³² Voir la contribution de cette auteure au présent volume.

chacune de ces langues, dans la mesure du possible, dans les provinces où elle n'est pas parlée par la majorité³³.

V. Il y a toujours des liens en suspens. L'un d'entre eux est probable : la langue serait un motif analogue à l'article 15.

Dans l'affaire *Andrews*, la Cour suprême expliquait comme suit la liste de motifs expressément énumérés à l'article 15 :

[...] Les motifs énumérés traduisent cependant les pratiques de discrimination les plus courantes, les plus classiques et vraisemblablement les plus destructrices socialement, et ils doivent, selon le par. 15(1), recevoir une attention particulière³⁴.

La langue n'étant pas expressément énoncée à l'article 15, il faudrait en conclure, *a contrario*, qu'elle n'est pas fréquemment un motif de discrimination. Pourtant l'histoire, tout autant celle du Canada que de nombreux autres pays, nous indique le contraire. De même, à l'échelle internationale, la langue a été reconnue comme un motif de non-discrimination important car elle est incluse parmi les motifs exprès de non-discrimination dans les plus importants traités en matière de droits de la personne, traités auxquels le Canada est partie³⁵. De plus, si on accepte que la norme de non-discrimination est une norme coutumière de droit international, que cette norme inclut la langue et que le droit coutumier fait partie du droit canadien à moins d'intention contraire clairement exprimée, le débat semble définitivement pencher en faveur de la reconnaissance de la langue comme motif analogue. Pourtant, pour une réponse définitive, il nous faudra attendre que la Cour suprême se penche sur la question³⁶.

³³ *Mahe*, précité, note 10, 362.

³⁴ *Andrews*, précité, note 13, 175.

³⁵ Voir notamment l'article 1(3) de la *Charte des Nations Unies*, <<http://www.un.org/french/aboutun/charter.htm>> qui ne liste que quatre motifs de non discrimination (langue, sexe, religion, race); les articles 2, 4 et 25 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171; l'article 4 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 19 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3.

³⁶ Après la conférence, la Cour suprême a abordé la question, sans toutefois la trancher, dans l'affaire *Gosselin (Tuteur de) c. Procureur général du Québec*, [2005] A.C.S. n° 15, [2005] 1 R.C.S. 238. Les commentaires de la Cour semblent favoriser la reconnaissance de la langue comme motif analogue. Au paragraphe 12, la Cour écrit : « Le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne* n'énonce pas expressément la langue comme motif de distinction illicite. Cependant, nous souscrivons aux observations suivantes de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *Reference re Use of French in Criminal Proceedings in Saskatchewan* (1987), 36 C.C.C. (3d) 353, p. 373 :

VI. Enfin, il y a des liens souhaitables mais plus difficiles à cerner : l'article 15 comme complément à l'édifice linguistique des articles 16 à 23.

Tout n'est pas rose dans ce pays si l'on est membre d'une minorité linguistique. La protection accordée par les articles 16 à 23 est parcellaire. Elle s'applique uniquement au pallier fédéral et au Nouveau-Brunswick, sauf pour l'article 23 qui, s'il s'applique dans tout le pays, ne couvre tout de même que l'éducation primaire et secondaire. Les minorités scindent l'usage de leur langue. Ainsi, des sphères entières de l'activité publique n'existent qu'en anglais pour les minorités francophones. Jusqu'à présent, les tribunaux ont toujours refusé de reconnaître une protection linguistique additionnelle à celle des articles 16 à 23 par l'entremise de l'article 15. Dans l'affaire de l'hôpital Montfort, les tribunaux de l'Ontario ont rejeté un tel argument, sauvant néanmoins un hôpital francophone en interprétant une loi provinciale à la lumière d'un principe constitutionnel non écrit de protection des minorités³⁷.

Évidemment, un des arguments pour ne pas étendre la protection linguistique aux minorités de langue officielle au-delà des dispositions existantes est que les tribunaux en viendraient ainsi à contourner l'intention des législateurs. De plus, il y aurait discrimination à l'endroit des autres langues. Pourrait-on toutefois soutenir que, dans la mesure où un législateur a reconnu des droits, il doit en assurer l'application conformément au concept d'égalité? Par exemple, l'Ontario a reconnu l'usage du français dans le système judiciaire ontarien, progressant ainsi vers l'égalité du français et de l'anglais, comme l'envisage le paragraphe 16(3). N'a-t-il pas alors l'obligation corrélative d'assurer une égalité réelle entre justiciables francophones et anglophones? Si le système judiciaire en français devait, dans les faits, s'avérer plus coûteux et plus lent pour le justiciable dû à une certaine incurie du gouvernement; si des francophones devaient se sentir obligés de changer

[TRADUCTION] À notre avis, la présence dans la Charte des dispositions relatives à la langue des art. 16 à 20, ou la suppression du mot 'langue' dans une version antérieure du par. 15(1), n'ont pas non plus nécessairement pour effet d'exclure de la portée de l'art. 15 la forme de distinction en cause.

Dans *Québec (Procureure générale) c. Entreprises W.F.H. Ltée*, [2000] R.J.Q. 1222, p. 1250, la Cour supérieure du Québec a conclu que la « "langu[e] maternell[e]" était un motif de distinction analogue. Il n'est pas nécessaire de pousser plus loin l'analyse de ce point en l'espèce, parce que la question principale n'est pas le contenu des droits à l'égalité garantis par la Charte canadienne. »

³⁷ *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, [2004] O.J. n° 4767, (2001), 56 O.R. (3d) 505 (C.A.).

de parcours à mi-chemin en optant pour des procédures en anglais; si les statistiques démontrent qu'un pourcentage important de francophones sont hésitants à utiliser ce système, alors l'article 15 ne devrait-il pas être applicable pour assurer que cette minorité n'ait pas à choisir entre un système à deux vitesses et l'assimilation progressive?

Je termine en vous informant que le Programme de common law en français de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa procède actuellement à une étude du vécu de plus de 800 diplômé(e)s du Programme depuis sa création à la fin des années 70. Une partie du sondage porte évidemment sur les services juridiques en français. Cette étude devrait nous aider à déterminer si les francophones en Ontario progressent vers l'égalité linguistique ou si ils et elles s'apparentent de plus en plus aux groupes défavorisés de l'article 15.