

Pourquoi faut-il encore avoir recours aux tribunaux pour assurer la mise en œuvre des droits linguistiques au Canada?

Michel Bastarache, avocat

On m'a demandé de parler de l'article 16 et de l'article 16.1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et de faire une comparaison entre la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* du Canada et la *Loi sur l'égalité des communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*.

À l'article 16, le constituant affirme que le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada et qu'elles ont un statut, des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada. Le libellé du paragraphe (2) est le même, le constituant y affirmant que l'anglais et le français sont les langues officielles du Nouveau-Brunswick. On a longtemps débattu de la question à savoir si cette disposition était de nature purement déclaratoire. Ceci nous amène à nous demander pourquoi nous avons des droits linguistiques.

D'après moi, l'article 16 crée des obligations spécifiques. Il est cependant vrai que cet article a aussi une valeur symbolique qui est loin d'être négligeable. Il impose à tout le moins l'égalité des langues. Puisqu'il s'agit d'une disposition constitutionnelle, il faut se demander s'il s'agit d'une notion de droit fondamental. Si le droit linguistique est un droit humain fondamental, il devrait s'agir d'un droit universel qui devrait trouver application dans tous les États où se trouvent des minorités linguistiques. Il ne devrait pas y avoir de condition à sa reconnaissance. Si les droits linguistiques sont des droits légaux, ils résultent de compromis politiques et tiennent leur importance de leur forme : ils peuvent être inscrits dans l'ordre constitutionnel ou dans des lois et pourront alors être fondamentaux ou non. Si les droits linguistiques sont avant tout de la nature de droits sociaux, leur justification doit se trouver dans la morale sociale et le devoir de les reconnaître comme un élément essentiel de la dignité humaine. Leur justification dans un tel cas ne tient pas à une condition de nombre ou d'efficacité.

La dimension collective du droit linguistique est assez apparente puisque la langue est avant tout un moyen de communication et un support pour les

caractéristiques culturelles d'une communauté. Il y a donc un paradoxe qui rend difficile l'objet des législations linguistiques de toutes natures. Le plus souvent, la reconnaissance de droits linguistiques résulte de situations politiques où une majorité linguistique fait face à des revendications. Les membres de la majorité ne sentent pas le besoin d'établir le droit à l'usage de leur langue, cela va de soi. Si la législation linguistique résulte de revendications, c'est normalement un signe clair qu'elle a pour but d'éviter les conflits sociaux en faisant échec à la discrimination plutôt que de faire référence à la volonté de promouvoir la diversité culturelle et l'inclusion des locuteurs de langues minoritaires dans la société civile. Il y a cependant bon nombre d'États où la législation linguistique est survenue dans un contexte de domination politique par une minorité, comme dans le cas du colonialisme.

On a depuis quelque temps reconnu aux Nations unies que l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* qui prévoit le droit pour les minorités linguistiques « d'avoir en commun avec les autres membres de leur groupe leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue » crée des obligations positives pour les États. Cette position est fondée sur la volonté de maintenir les langues et les cultures comme une richesse et de reconnaître le droit des minorités à l'existence et à la dignité.

Ceci me semble ne rien à voir avec les compromis politiques qui expliquent les droits constitutionnels en matière de langue au Canada. Les droits reconnus dans la *Loi constitutionnelle de 1867* sont simplement la reprise de droits reconnus à l'époque coloniale, des droits très limités qui servent à maintenir le statu quo après une période de troubles politiques. Ces anciennes lois résultaient de compromis politiques. La paix sociale viendra en 1867 du fait que le Québec aurait compétence sur les domaines qui importent au plan culturel. La Cour suprême du Canada verra en cela le devoir d'interpréter respectivement les droits linguistiques en 1986 dans les affaires *Société des Acadiens c. Association of Parents* et *MacDonald c. Ville de Montréal*. Il faut probablement conclure de tout ceci que le régime linguistique canadien n'a pas pour origine une assise morale. La discrimination dont font l'objet les francophones des maritimes, de l'Ontario et de l'Ouest est tolérée au début du XX^e siècle, les provinces adoptant souvent des lois visant l'assimilation totale de la minorité linguistique provinciale, surtout en matière d'éducation. Il faudra attendre 1969 pour trouver les premières lois linguistiques au plan fédéral et au Nouveau-Brunswick. Ces lois sont cependant écrites comme accordant des droits individuels spécifiques et non des droits collectifs. Le droit collectif est considéré comme un droit politique. On n'y

résiste. Pourquoi avons-nous des droits linguistiques? Pour des raisons historiques et politiques.

De fait, le sort des minorités francophones provinciales et territoriales ne sera changé qu'avec l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982, laquelle établit notamment le droit à l'instruction dans la langue de la minorité provinciale dans tout le Canada et augmente des obligations au bilinguisme du gouvernement fédéral et de celui du Nouveau-Brunswick. Si les droits linguistiques les plus importants sont maintenant inscrits dans la Constitution, est-ce à dire qu'il y a eu un changement fondamental d'orientation et que le Canada reconnaît le droit collectif au maintien de la culture minoritaire, un droit qui a son assise principale dans le droit à l'éducation, le droit à des écoles homogènes gérées par les représentants de la minorité linguistique? On peut en douter, d'une part parce que l'adoption de ces dispositions fait suite à un conflit constitutionnel avec le Québec et prend les airs d'un autre compromis politique, d'autre part parce que les provinces n'ont pas consenti à mettre en œuvre les nouveaux droits sans y être forcées par les tribunaux.

Ce sont de fait les tribunaux qui, dans leurs jugements, ont inscrit le fondement moral des droits et affirmé le devoir des gouvernements de promouvoir la diversité culturelle et le maintien des minorités de langues officielles. Le gouvernement fédéral a bien modifié sa *Loi sur les langues officielles* en 1988 et inscrit l'obligation de promotion après que le Québec eut adopté un régime linguistique très protecteur des droits et privilèges de la majorité linguistique pour protéger celle-ci contre les forces assimilatrices dans le contexte nord-américain. Il semble donc bien clair que les gouvernements n'ont pas volontairement adopté une philosophie au terme de laquelle on favoriserait le droit à l'expression chez la minorité linguistique pour faciliter sa participation aux affaires publiques et à l'économie.

La démocratie moderne au Canada comme ailleurs a besoin du judiciaire pour assurer le respect de la Constitution, y compris la *Charte canadienne des droits et libertés*. Au fond, la question tourne autour de la notion de révision constitutionnelle et, jusqu'à un certain point, de révision judiciaire. Ces notions sont en effet les plus importantes pour caractériser notre système juridique. Au Canada, la révision constitutionnelle est bien connue et depuis longtemps acceptée eu égard au partage des compétences, et autrefois la conformité des lois nationales avec les lois impériales. La *Charte canadienne des droits et libertés* a tout changé dans l'esprit des gens. Les décisions portant sur un document vague laissant une grande marge de manœuvre aux juges, qui feront appel aux principes généraux du droit, à des sources nouvelles du droit, et aussi à des considérations

historiques, culturelles, à des arrangements institutionnels, à des valeurs sociales, ont donné lieu à des débats nouveaux, même s'il faut reconnaître que le Comité judiciaire du conseil privé a lui aussi été très activiste en matière de fédéralisme, pour emprunter un terme moderne. Il y a aujourd'hui bien plus de décisions à prendre en raison de la reconnaissance de nouveaux droits individuels et de la possibilité élargie de contester les actes de l'administration publique. De là l'impression dans le grand public que les tribunaux sont saisis de toutes les questions importantes au plan social. Pas surprenant donc que ce soient les tribunaux qui établissent le fondement des droits linguistiques.

De fait, la question de la portée de l'article 16 consiste à savoir quelles sont les normes et valeurs en cause dans le processus judiciaire. Il est vrai que dans les pays de common law les juges ont toujours exercé un large pouvoir de faire le droit sans que l'on ne s'en inquiète, en tout cas moins que dans les pays où l'on a traditionnellement limité le rôle du juge de dernier niveau à interpréter la loi. Au fond, il est question ici de légitimité et nous cherchons toujours à savoir jusqu'où l'interprétation des lois peut aller pour autoriser la création de droits nouveaux, et quels sont les critères qui seront invoqués pour créer ce droit nouveau. Si l'on accepte que la loi constitutionnelle est un « arbre vivant », selon la formule de Lord Sanke, une série de normes qui doivent être constamment ajustées en fonction de l'évolution des valeurs morales et sociales, il est néanmoins certain que les tribunaux ne doivent pas réécrire la Constitution et qu'ils doivent, en matière de droits statutaires, respecter la volonté du Parlement et des législatures. Il reste que la valeur symbolique de la *Charte*, l'importance incontestable des principes fondamentaux du droit et la culture des droits qui a cours ont imprégné tout l'exercice d'interprétation statutaire. Les tribunaux sont au cœur du régime linguistique.

Puisque les droits linguistiques existent depuis aussi longtemps, comment se fait-il que nous continuons d'avoir recours aux tribunaux pour assurer la mise en œuvre des droits linguistiques? Dans un pays comme le Canada, il est difficile pour plusieurs d'accepter que les principes sous-jacents de la Constitution et les principes non écrits qui découlent du préambule de la Constitution serviront, au gré de la Cour suprême du Canada, à fixer les limites parce que cela signifie que la Cour aurait un pouvoir discrétionnaire excessif. Pour certains cela revient à dire qu'il y a une common law de la Constitution dont décide la Cour elle-même. En pratique, je le mentionnais plus tôt, la situation du Canada est paradoxale en ce sens que le discours juridique n'est souvent pas compatible avec le discours politique, du moins jusqu'à une période très récente. Souvent le discours politique ne rejoint pas le discours juridique parce que les plaidoiries ne sont pas conformes aux énoncés politiques. C'est qu'il y a toujours un écart entre l'égalité juridique

formelle et l'égalité réelle. Les récentes causes linguistiques aux Territoires du Nord-Ouest et au Yukon illustrent très bien l'approche formelle des gouvernements face à la volonté des communautés minoritaires d'obtenir l'égalité réelle.

Il est certain que la judiciarisation des grands enjeux sociaux a été avantageuse pour les minorités linguistiques. Ceci a même provoqué des réactions chez une partie de la population qui s'inquiète de la montée en pouvoir des juges. Mais en général la population semble satisfaite du nouvel ordre social et préfèrent une protection judiciaire contre les excès de l'administration publique. Est-ce que les normes et valeurs qui expliquent les décisions judiciaires signalent un véritable changement vis-à-vis les droits linguistiques?

Ce qui est significatif, c'est que la protection des minorités linguistiques a obtenu un nouvel appui dans la décision de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Dans cet avis constitutionnel, la Cour affirme que la protection des minorités est un principe non écrit de la Constitution, une affirmation qui aurait le potentiel de changer les mentalités et de favoriser l'avènement d'une nouvelle culture politique. Nous sommes dans une situation unique. Malgré cette décision historique et les nouvelles lois, malgré les interprétations libérales des tribunaux, les minorités restent encore victimes d'un sentiment d'insécurité. C'est que l'on craint que les attentes et attitudes des groupes linguistiques ne soient pas changées de façon fondamentale. Le régime fédéral tente dans son discours de mettre l'accent sur la sécurité culturelle et l'intégration sociale des minorités linguistiques. Le problème de non-usage suffisant du français, affirme-t-on, n'est pas le résultat de la prohibition de l'utilisation de la langue minoritaire, mais de conditions sociales qui rendent l'égalité des chances illusoire pour qui ne veut pas employer la langue majoritaire. En d'autres mots, le problème persiste, mais ce n'est pas de notre faute.

On peut certainement constater une évolution dans la reconnaissance des droits linguistiques. On a commencé par la reconnaissance de l'égalité des langues indépendamment des locuteurs. Cette thèse réductrice a permis de décider que le droit d'employer le français ou l'anglais devant le tribunal était un droit reconnu non seulement aux justiciables mais à tous les participants au processus judiciaire. Elle a permis de conclure que le droit d'utiliser la langue ne comprenait pas le droit d'être compris. On s'est défait de cette vision des choses pour reconnaître l'égalité des locuteurs, notamment le droit de choisir l'une ou l'autre langue sans être désavantagé. Plus récemment, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *R. c. Beaulac*, a reconnu que le droit au procès dans la langue de son choix est un droit collectif et qu'il comprend l'obligation pour le gouvernement de fournir une

structure institutionnelle d'accueil pour les locuteurs des deux langues et non un simple accommodement pour chacun. Il s'agit donc du passage de l'obligation de ne pas nuire à l'obligation d'agir.

Tranquillement, on semble se faire à l'idée que le droit linguistique vise la sécurité culturelle et le respect de la dignité des personnes, et le droit à l'expression. En ce sens on favorise maintenant l'objectif d'intégration. Le problème qui subsiste, à mon point de vue, c'est que chez les gouvernements il y a une crainte persistante que la revendication pour des services va se transformer en revendications pour une certaine autonomie, laquelle trouve forme maintenant dans le droit à des écoles, des médias, des hôpitaux... L'autonomie pourrait signifier le droit à la gestion de certains services publics, ou du moins à leur réorganisation. La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Desrochers c. Canada (Industrie)* alimente peut-être les craintes du gouvernement. Jusqu'à preuve du contraire, il est donc clair que les minorités linguistiques devront encore recourir aux tribunaux.

Voilà le contexte dans lequel on doit interpréter l'article 16.1. Celui-ci établit que 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. Au deuxième paragraphe, on affirme que le rôle de la législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick est de protéger et de promouvoir le statut, les droits et les privilèges visés au paragraphe un. Cet article reprend certains éléments de la *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*, puisqu'il reconnaît l'égalité de statut, de droits et de privilèges des communautés linguistiques francophones. L'égalité effective telle qu'envisagée par l'article 16.1 impose-t-elle au gouvernement l'obligation positive de voir à l'avancement de l'égalité des communautés linguistiques? La question nous porte à nous interroger sur ce que l'on entend au juste par l'égalité entre deux communautés. Elle est certainement difficile à mesurer; s'agit-il de l'égalité d'accès des individus à un même service? Le paragraphe ne vise pas directement les institutions gouvernementales du Nouveau-Brunswick chargées des services sociaux et de santé. L'omission est sans doute volontaire parce que le paragraphe a pour objet la sécurité culturelle et la protection des langues officielles et non la prestation de services particuliers. Le seul arrêt qui ait traité en profondeur de cette disposition est l'arrêt *Moncton (Ville) c. Charlebois*, un arrêt où la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick était appelée à décider si les municipalités du Nouveau-Brunswick sont soumises aux dispositions de la *Charte* garantissant les droits linguistiques. Après s'être penché sur l'historique législatif,

le juge Daigle a interprété l'article 16.1 de la *Charte*. Selon lui, le principe d'égalité des communautés linguistiques permet de mieux cerner l'objet des droits linguistiques et contribue en outre à les interpréter. Cet article témoigne de l'engagement du législateur envers l'égalité des communautés de langues officielles. Selon lui, l'interprétation de cet article est liée à l'interprétation du paragraphe 16(2) et doit tenir compte des conclusions de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Beaulac* quant à la nature et à la portée du principe d'égalité. Il affirme que cet article impose au gouvernement provincial l'obligation de prendre des mesures positives destinées à assurer que la communauté de langue officielle minoritaire ait un statut et des droits et privilèges égaux à ceux de la communauté de langue officielle majoritaire... Le principe de l'égalité des deux communautés linguistiques est une notion dynamique, dit-il.

Il est légitime de se demander s'il y a une similarité entre la *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick* et la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* du Canada. Pour bien comprendre la partie VII, je crois qu'il est intéressant de se référer à la position du gouvernement du Canada dans l'affaire *ACFC c. Canada* en date du 30 octobre 2007. L'affaire portait sur l'abolition du programme de contestations judiciaires. Le procureur général y affirme qu'il y a une grande différence entre la partie VII et la partie IV de la *Loi sur les langues officielles*, que la partie IV comporte des droits individuels bien identifiables qui sont de nature civile. Par ailleurs, il considère que la partie VII est une déclaration de principe qui engage le gouvernement à prendre des mesures pour réaliser l'objet de la partie VII, ces mesures étant discrétionnaires. La modification législative qui a ouvert la voie à la révision judiciaire n'aurait pas changé la nature des droits. Les tribunaux n'auraient pas compétence pour décider si une mesure en particulier est compatible avec la partie VII. Son rôle serait seulement de vérifier si le ministère du patrimoine a adopté un programme d'appui aux minorités linguistiques et si les ministères et agences du gouvernement ont préparé et déposé un plan de mise en œuvre. L'évaluation serait très globale.

Je crois que cette approche est déficiente pour deux raisons : d'abord, on se méprend sur la portée des droits dans la partie IV en appliquant les règles d'interprétation de façon fautive et en ignorant la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, surtout dans les arrêts *Beaulac* et *Desrochers*. L'approche contextuelle et progressive qui a permis de passer de l'égalité des langues à l'égalité des locuteurs, de l'égalité formelle à l'égalité réelle, du devoir de communiquer au devoir de créer un système institutionnel qui permet l'accès égal aux services plutôt que l'accommodement ne peut être ignorée. L'article 20 exige que l'on tienne compte du fait qu'il y a deux communautés linguistiques à

desservir, chacun ayant des caractéristiques et des besoins distincts. Cela étant, il est clair que la partie VII signifie autre chose, soit que le gouvernement doit être proactif et prendre des mesures visant à promouvoir l'usage de la langue minoritaire et la préservation de la communauté minoritaire. Ce sont des droits de nature sociale qui se confondent avec le devoir d'agir du gouvernement. Je ne pense pas que les tribunaux soient aussi limités dans leurs interventions ; si c'était le cas, l'ajout de la partie VII ne voudrait rien dire.

Que signifie « prendre des mesures positives »? Le procureur général dit que c'est d'adopter le plan décrit dans la partie VII. Ce n'est pas cela. C'est de s'assurer que le ministère a mis en place un système qui assure la prestation de services correspondant à son mandat de façon à ce qu'il soit accessible de façon réelle et adaptée aux besoins de la minorité linguistique, que les décisions ministérielles ne soient pas susceptibles de nuire aux minorités. La *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick* fait office de partie VII. Suite à une poursuite contre le gouvernement du Nouveau-Brunswick pour avoir aboli les organismes francophones en matière de santé, pour avoir mis en place une structure centralisée de services bilingue, pour n'avoir pas reconnu les droits collectifs de la minorité, le gouvernement a été obligé de reculer et de légiférer de manière conforme aux obligations découlant de la *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*. Bien que cette affaire n'ait pas mené à une décision judiciaire, il est clair que le gouvernement a dû reconnaître son devoir d'agir et de mettre de côté l'idée que la *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick* est purement déclaratoire.

Il me semble qu'il faille de la même manière donner un sens véritable à la partie VII; elle doit permettre d'évoluer vers un système plus sensible aux besoins institutionnels des minorités linguistiques. Je crois que certains des propos de la juge Charron dans l'affaire *Desrochers* vont dans ce sens. À la lumière de l'arrêt *Desrochers*, il me semble que les obligations des organismes gouvernementaux sont claires. Ils devraient adopter une norme d'égalité réelle et non formelle, le service n'étant pas suffisant s'il reproduit celui qui existe dans l'autre langue sans tenir compte des besoins particuliers de la clientèle. Ils devraient tenir compte au plan institutionnel du fait qu'il y a deux communautés linguistiques à desservir et qu'il faut que l'appareil gouvernemental offre un accès égal et non un accommodement à la minorité linguistique. Ils devraient chercher à connaître, lors de la conception du service, les besoins particuliers de la minorité et adapter ce service pour en tenir compte. Ils devraient rendre le service existant aussi accessible et aussi valable que dans l'autre langue dans la mesure du raisonnable, et non établir des services parallèles différents, subsidiaires. À ceux qui pensent

encore que la partie VII ne constitue qu'une déclaration politique, il faut rappeler qu'un amendement législatif prévoit que son application est sujette à révision judiciaire depuis 2005. La partie VII a un effet normatif.

Ce n'est pas parce que les dispositions législatives qui prévoient la prestation des services fédéraux sont fondées sur la demande qu'il faut croire qu'il n'y a pas d'obligation d'offre active. Il a été démontré maintes fois que la demande de services est générée par l'offre de services, et que l'offre potentielle ne doit pas être évaluée de façon restrictive. L'expérience de la mise en œuvre de l'article 23 est concluante. Aujourd'hui, il me semble que la réglementation fédérale prévoit que la demande n'existe que lorsqu'elle satisfait les critères financiers et administratifs du gouvernement et non les besoins d'une minorité dont la vitalité peut être démontrée. La résistance du gouvernement aux amendements législatifs proposés par la sénatrice Chaput me semble faire la preuve que les attitudes n'ont pas encore changé de façon importante au gouvernement fédéral. Il faut croire que nous devons encore recourir aux tribunaux...