

L'évolution de la protection constitutionnelle des langues au Canada

Yves LE BOUTHILLIER

Université d'Ottawa

Working Paper n.144
Barcelona 1998

Le Canada a été créé par l'unification de certaines colonies britanniques existant en 1867, c'est-à-dire de deux colonies maritimes (le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse) et du Canada-Uni, à partir de laquelle ont été créées deux provinces: l'Ontario et le Québec. À l'époque, comme c'est toujours le cas aujourd'hui, les francophones constituaient une majorité au Québec et une minorité au Canada. Pour assurer la survie de leur langue, les francophones du Québec ont obtenu deux types de protection dans la Constitution canadienne.

La première protection est de nature purement linguistique, c'est-à-dire la reconnaissance du caractère bilingue de certaines institutions fédérales à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹. Cet article prévoit que toute personne exerçant les fonctions de député a le droit d'utiliser le français ou l'anglais dans les débats du Parlement canadien et tout individu a le droit d'employer l'une ou l'autre de ces deux langues devant les tribunaux fédéraux et dans les actes de procédure qui en découlent; l'article garantit également que les lois, et implicitement les règlements fédéraux, seront adoptés dans ces deux langues. Il faut noter que ces dispositions semblent fondamentales pour la minorité francophone, puisqu'elles sont rédigées de façon à reconnaître le statut égal du français et de l'anglais. Elles ne visent pas formellement une minorité particulière.

L'article 133 applique aussi au Québec un régime linguistique semblable à celui créé pour le fédéral. La minorité anglo-québécoise, forte de l'appui de la majorité anglophone dans l'ensemble du pays, s'est ainsi vue garantir des droits à l'échelle provinciale. Par contre, les populations minoritaires francophones du Nouveau-Brunswick, de la Nouvelle-Écosse et de l'Ontario n'ont pas eu droit aux mêmes garanties, bien que certains Acadiens du Nouveau-Brunswick l'aient expressément demandé à l'époque. Par conséquent, dès la création du Canada, il existait une asymétrie quant aux obligations linguistiques des provinces.

Il est remarquable que l'article 133 n'ait pas fait l'objet de litiges devant les tribunaux pour plus de cent ans. Lorsque cet article a été invoqué devant les tribunaux dans les années 1970 et 1980, par ailleurs, les tribunaux en ont donné une interprétation très inégale.

Le deuxième type de protection dont bénéficient les francophones du Québec en vertu de la Constitution est tout à fait fondamental: il s'agit de la création d'un État fédéral. De façon générale, les domaines d'intérêts locaux, tels que les municipalités, la santé et les droits civils sont conférés aux provinces en vertu de l'article 92, alors que les domaines intéressant l'ensemble du Canada, tels que la défense et le commerce interprovincial ou international, sont de la

compétence du gouvernement fédéral en vertu de l'article 91. Selon ce partage des compétences, certains domaines considérés essentiels pour la préservation et le développement de la langue et de la culture, et en particulier l'éducation, sont alloués aux provinces. La langue n'étant pas un domaine de compétence énuméré, les législatures provinciales sont libres de régler l'usage de langue dans les domaines qui relèvent uniquement de leur compétence. Par conséquent, ce partage des pouvoirs laisse les minorités linguistiques provinciales à la merci de la majorité dans les champs de compétence réservés aux provinces. C'est particulièrement vrai pour les minorités linguistiques francophones qui, contrairement à la minorité anglophone du Québec, ne jouissent ni de protection linguistique, ni de pouvoir économique.

Si le domaine de l'éducation relève des provinces, la Constitution accorde toutefois, à l'article 93, une protection particulière aux écoles des majorités religieuses de l'époque: les protestants et les catholiques. On met ainsi ces écoles confessionnelles à l'abri du système d'instruction public qui a commencé à se développer dans les diverses colonies qui formeront le Canada. L'article 93 protégeant uniquement les droits confessionnels reconnus par la loi au moment de l'adhésion d'une province à la fédération canadienne, son effet a été restreint: seules deux des quatre provinces fondatrices, l'Ontario et le Québec, avaient à l'époque des lois protégeant les écoles confessionnelles.

En 1870, la province du Manitoba s'est jointe au Canada. Située directement à l'Ouest de l'Ontario, cette province comprenait alors une population en grande partie métisse, c'est-à-dire des descendants d'unions entre autochtones et francophones. Voulant assurer la protection de la langue française, les métis ont réclamé une protection constitutionnelle de leur langue et ont obtenu une protection semblable à celle des anglophones du Québec. Ce régime est prévu à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*².

En 1871, la province de la Colombie-Britannique, située en bordure de l'océan Pacifique, à son tour a joint le Canada, suivie en 1873 par une troisième province maritime, l'Île-du-Prince-Édouard. Ni l'une ni l'autre de ces provinces n'étaient astreintes à des obligations de nature linguistique. Si peu de francophones habitaient la Colombie-Britannique, plusieurs Acadiens et Acadiennes résidaient à l'Île-du-Prince-Édouard, et ce depuis longtemps.

Avant la création de la fédération canadienne, le français était généralement enseigné dans les écoles des régions à concentration francophone, notamment en Ontario, au Nouveau-Brunswick et à l'Île-du-Prince-

Édouard. Toutefois les gouvernements des nouvelles provinces anglophones ont vite voulu exercer leur autorité en matière d'éducation, afin d'imposer un système d'éducation uniforme pour leur province respective. Les gouvernements ont aussi préconisé l'uniformité de la langue d'enseignement, interdisant progressivement le français dans les écoles. Les francophones catholiques qui bénéficiaient de la protection de l'article 93, en Ontario par exemple, ont invoqué cet article devant les tribunaux afin de préserver les écoles françaises existantes. Malheureusement les tribunaux ont interprété l'article 93 comme ayant un contenu religieux seulement, et non un contenu linguistique. Dans ces circonstances, selon les époques, les écoles francophones des provinces anglophones ont tantôt dû fermer leurs portes, tantôt elles ont opéré dans la clandestinité, tantôt encore elles ont été simplement tolérées. Si certaines de ces écoles ont subsisté pendant les cent premières années de la fédération canadienne, c'est essentiellement à cause de la détermination acharnée des francophones soucieux de préserver leur langue.

À la fin du 19^e siècle, non seulement les écoles francophones partout à l'extérieur du Québec ont été la cible du rouleau compresseur anglophone, mais également les droits linguistiques de la population métisse manitobaine. Bien que cette population métisse soit rapidement devenue minoritaire après l'entrée du Manitoba dans la fédération, on aurait pu croire leur droits linguistiques à l'abri d'une majorité intolérante, étant donné leur reconnaissance dans la Constitution canadienne. Pourtant, en 1890, le gouvernement manitobain, par un simple vote dans la législature provinciale, a mis fin à la protection du français dans cette province. Cette action était carrément illégale, puisque les autorités provinciales n'avaient pas le pouvoir d'abolir unilatéralement des dispositions constitutionnelles. Les francophones ont fait appel aux tribunaux, qui leur ont donné raison. La province a alors décidé de simplement ignorer ces jugements, sans se préoccuper d'en faire appel ou de changer la loi faisant de l'anglais la seule langue au Manitoba. Quatre-vingt-quinze ans plus tard, en 1985, la Cour suprême du Canada a finalement déclaré illégale l'action du gouvernement manitobain. Par conséquent, toutes les lois et tous les règlements du Manitoba adoptés uniquement en anglais depuis 1890 devenaient invalides. Pour empêcher qu'une déclaration d'invalidité ne plonge cette province dans le chaos, la Cour suprême a cependant accordé à la province un délai pour traduire ses lois et règlements existants dans les deux langues. Pendant ce délai les lois unilingues sont demeurées en vigueur. Malgré ce jugement, le Manitoba a tardé à remplir ses obligations, revenant devant la Cour au début des années 1990, pour demander si certains textes réglementaires devaient ou non faire l'objet de traduction.

À la fin du 19^e siècle, l'immense territoire à l'Ouest du Manitoba, divisé en deux en 1905 pour créer les provinces de la Saskatchewan et de l'Alberta, relevait de la compétence fédérale et était donc assujéti à des obligations similaires à celles de l'article 133, en vertu de l'article 110 de *l'Acte des Territoires du Nord-Ouest*³. À partir de 1891, toutefois, l'assemblée territoriale a décidé d'opérer uniquement en anglais. Presque cent ans plus tard, la Cour suprême du Canada a déclaré que cette action était illégale. Étant donné que l'article 110 est une simple loi ordinaire et non un texte constitutionnel, la Cour a précisé que l'Alberta et la Saskatchewan pouvaient, par le biais d'une loi bilingue, abolir l'article 110 et adopté rétroactivement l'ensemble des lois adoptées seulement en anglais depuis 1891. Ces deux provinces ont opté pour cette solution.

Au tournant du siècle, les francophones se trouvent donc assiégé dans toutes les provinces anglophones. Les seules dispositions constitutionnelles de nature linguistique respectées sont celles de l'article 133, assurant le bilinguisme dans certaines institutions fédérales et québécoises. Néanmoins la fonction publique fédérale fonctionne essentiellement en anglais. Il faudra attendre jusqu'au début des années 1960 pour que le Canada anglais se montre davantage réceptif aux revendications des minorités francophones. Entre-temps, Terre-Neuve joint la fédération canadienne en 1949. Sa population francophone ne dépassant pas 2 pour cent, aucune disposition de nature linguistique ne lui est imposée comme condition d'entrée.

Les années 1960 au Canada sont marquées par ce qu'on a appelé la «révolution tranquille» au Québec. Dans cette province, le pouvoir, jusqu'alors détenu en grande partie par un clergé catholique conservateur, passe aux mains de l'État québécois dirigé par des laïcs francophones. Certains chefs politiques québécois de l'époque préconisent l'indépendance. D'autres suggèrent de légiférer pour que prime la langue française dans tous les secteurs d'activités au Québec.

Face à cette effervescence le gouvernement fédéral nomme la Commission d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme. La Commission sillonne le pays, et rapidement, conclut que le Canada traverse alors la pire crise de son histoire. Parmi ses recommandations les plus importantes en réponse à cette crise, la Commission suggère d'accorder une place beaucoup plus importante au français dans les institutions fédérales et de déclarer les deux provinces voisines du Québec, l'Ontario et le Nouveau-Brunswick, officiellement

bilingues, de façon à éliminer l'impression répandue au Québec qu'il s'agit d'un «ghetto linguistique». D'après la Commission, ces deux provinces devraient être bilingues, puisque le Nouveau-Brunswick a la plus forte concentration de francophones à l'extérieur du Québec, soit environ 35 pour cent de sa population, et que l'Ontario dispose, en nombre absolu, de la plus importante population francophone à l'extérieur du Québec, soit un demi-million.

La fin des années 1960 et les années 1970 sont marqués par l'adoption d'un nombre important de textes législatifs ordinaires en matière linguistique. Pour donner suite aux recommandations de la Commission d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, le Parlement fédéral adopte, en 1968, une loi qui fait du français et de l'anglais les langues officielles pour tout ce qui relève du Parlement et du gouvernement canadien. Cette loi vient compléter l'article 133 en reconnaissant au public canadien le droit de se faire servir dans la langue de son choix par le gouvernement fédéral. Cette loi, toutefois, n'aborde pas directement la question de la participation francophone au sein des institutions fédérales. Le Nouveau-Brunswick adopte aussi une loi sur les langues officielles, qui sera progressivement mise en vigueur. Pour sa part, le Québec légifère, en particulier dans le domaine de la langue d'enseignement, dans le but de freiner l'inscription massive des nouveaux immigrants et immigrantes à l'école anglaise plutôt qu'à l'école française. Progressivement, par le biais de diverses lois, l'État québécois vient limiter l'option de l'instruction en anglais aux seuls anglophones établis au Québec depuis longtemps. Paradoxalement, des provinces comme l'Ontario acceptent l'émergence d'un réseau relativement important d'écoles françaises, écoles relevant cependant de l'autorité de commissions scolaires majoritairement anglophones.

L'article 133 a été plaidé pour la première fois devant la Cour suprême du Canada au milieu des années 1970. Il est ironique de penser que cet article a alors été invoqué dans le but de limiter les initiatives des gouvernements en faveur des droits linguistiques. Un opposant au bilinguisme argumente que les garanties de l'article 133 constituent le maximum que le gouvernement fédéral peut accorder en matière des droits linguistiques. Selon cette thèse, la loi fédérale sur les langues officielles, dont la portée dépasse celle de l'article 133, ne pourrait être adoptée sans une modification préalable de la Constitution canadienne. La Cour rejette cette prétention, confirmant que l'article 133 confère un minimum et non un maximum de protection en matière de langue.

En 1976 le Parti Québécois, parti indépendantiste, prend le pouvoir au Québec et adopte la *Charte de la langue française*⁴, aussi connue comme la loi

101. L'adoption de cette loi résulte en un premier examen du contenu de l'article 133 par la Cour suprême du Canada. En effet, à la fin des années 1970, la Cour suprême doit déterminer si plusieurs articles de la *Charte de la langue française* sont contraires à l'article 133. Les articles contestés font du français la seule langue de la législation et de la justice au Québec. Décrétant ces articles invalides parce que contraires à l'article 133, la Cour doit préciser la portée des obligations créées par ce dernier article. Elle interprète l'article 133 de façon dynamique, concluant que l'article 133 s'applique non seulement aux lois mais aussi aux règlements, lesquels doivent être disponibles dans les deux langues.

Au référendum de 1980, le premier ministre canadien de l'époque, Pierre-Elliott Trudeau, promet aux Québécois et Québécoises un renouveau du fédéralisme canadien. Son plan n'est pas explicite, mais les fédéralistes remportent tout de même la victoire. En 1982 le gouvernement fédéral, après bien des péripéties, rapatrie la Constitution du Canada de Londres, avec l'accord de toutes les provinces canadiennes, sauf le Québec, qui s'oppose, entre autres, du fait que cet accord lui impose des obligations linguistiques dans un domaine de compétence qui lui est cher: l'éducation.

En fait le rapatriement de la Constitution, à l'insistance du Parlement fédéral, permet d'inclure plusieurs dispositions linguistiques dans la *Charte canadienne des droits et libertés* adoptée au moment du rapatriement⁵. Ces dispositions créent des obligations pour le gouvernement fédéral, qui encourage aussi vivement les gouvernements de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick à lui emboîter le pas. Seul le Nouveau-Brunswick accepte cette invitation. L'Ontario choisit la route de l'étapisme, plutôt que d'accorder des protections constitutionnelles. De lois ordinaires en lois ordinaires l'Ontario reconnaît à sa minorité francophone des droits en matière de justice, traduit ses lois et confère le droit à la prestation de certains services en langue française. Évidemment les acquis découlant de lois ordinaires peuvent disparaître très vite. Par contre, cette province peut, au même titre que toute autre province, adhérer à l'avenir aux obligations linguistiques de la *Charte* par une simple résolution adoptée par son assemblée législative et par le Parlement canadien. De fait, avec le consentement du Parlement fédéral, toute province peut créer pour elle-même des obligations linguistiques différentes de celles actuellement prévues dans la *Charte*, soit plus restrictives ou plus exhaustives.

Pour ce qui est des dispositions acceptées par le fédéral et le Nouveau-Brunswick en 1982, plusieurs reprennent essentiellement l'article 133 existant. Par conséquent, elles ne créent véritablement de nouvelles obligations que pour

le Nouveau-Brunswick. Ainsi l'article 17 de la *Charte* prévoit le droit d'utiliser le français ou l'anglais au Parlement et à l'assemblée législative du Nouveau-Brunswick; l'article 18 assure l'adoption des lois et règlements en français et en anglais au fédéral et au Nouveau-Brunswick; enfin l'article 19 garantit le droit d'employer le français ou l'anglais devant un tribunal fédéral ou du Nouveau-Brunswick.

Avant de passer aux dispositions plus récentes incluses dans la *Charte* en 1982, j'aimerais décrire rapidement l'interprétation subséquente donnée à l'article 133 ainsi qu'aux articles 16 à 19 de la *Charte*.

C'est en 1986 seulement que la Cour suprême du Canada interprète pour la première fois la portée de l'article 133 et de l'article 19 de la *Charte* concernant le droit d'employer sa langue dans les procédures judiciaires. En ce qui concerne l'article 133, la question se pose au Québec de savoir si les actes de procédure délivrés par un tribunal peuvent être dans la langue que choisit le tribunal. La Cour suprême du Canada répond que le droit d'employer la langue officielle de son choix n'est pas réservé seulement aux personnes qui font appel aux tribunaux ou qui sont traduits en justice par l'État, mais vaut également pour les officiers de justice et le tribunal, de sorte qu'il n'est pas contraire à l'article 133 de servir une sommation unilingue française à un anglophone au Québec. En ce qui a trait à l'article 19, la question se pose au Nouveau-Brunswick de savoir si la personne qui comparaît devant le tribunal a seulement le droit de parler sa langue ou si ce droit comprend également celui d'être compris dans cette langue directement par le tribunal. Là encore la Cour suprême du Canada déclare que le droit d'employer sa langue est non seulement le droit de l'individu qui se retrouve devant le tribunal mais aussi celui du tribunal ainsi que des autres officiers de la justice. La Cour suprême déclare que le droit d'une personne d'employer sa langue en vertu de l'article 19 ne lui garantit pas le droit d'être compris dans cette langue. En d'autres mots, s'il y a une nécessité d'être compris par le tribunal ce sera en vertu non pas d'un droit linguistique mais en plutôt du droit à un procès équitable, qui comprend le droit à un ou une interprète et non à un ou une juge qui parle votre langue.

La Cour suprême du Canada arrive à cette conclusion en partant du principe que les droits linguistiques doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive. Son raisonnement à cet égard est le suivant:

À la différence des droits linguistiques qui sont fondés sur un compromis politique, les garanties juridiques tendent à être de nature plus féconde parce qu'elles se fondent sur des principes. Certaines d'entre elles, par exemple celle énoncée à l'art. 7 de la *Charte* [droit à la vie, la liberté et la sécurité], sont

formulées de manière si large que les tribunaux seront appelés à les interpréter. D'autre part, même si certains d'entre eux ont été élargis et incorporés dans la Charte, les droits linguistiques ne reposent pas moins sur un compromis politique. Cette différence essentielle entre les deux types de droits impose aux tribunaux une façon distincte d'aborder chacun. Plus particulièrement, les tribunaux devraient hésiter à servir d'instruments de changement dans le domaine des droits linguistiques. Cela ne veut pas dire que les dispositions relatives aux droits linguistiques sont immuables et qu'elles doivent échapper à toute interprétation par les tribunaux. Je crois cependant que les tribunaux doivent les aborder avec plus de retenue qu'ils ne le feraient en interprétant des garanties juridiques⁶.

Nous pourrions discuter longuement du bien-fondé de ce raisonnement qui, à mon avis, est en soi suspect, eu égard à son résultat ultime, le droit de parler sans être compris. Pour l'instant, il suffit de noter, d'une part, que cette approche restrictive est contraire à celle adoptée par la Cour quelques années auparavant en ce qui concerne les obligations de nature linguistique dans le domaine législatif, et d'autre part, que dans la réalité la personne qui parle la langue de la majorité sera comprise par le tribunal. Dans ces circonstances, affirmer qu'une personne a le droit d'employer l'une ou l'autre langue officielle devant le tribunal ne garantit pas l'égalité de traitement. Pour cette raison, le Parlement fédéral et le gouvernement du Nouveau-Brunswick ont depuis modifié leurs législations afin d'assurer le droit à un procès devant un tribunal qui comprenne directement les parties dans la langue officielle de leur choix.

Trois des dispositions linguistiques incorporées à la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982 sont différentes de l'article 133, soit les articles 16, 20 et 23. L'article 16 déclare que le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada et du Nouveau-Brunswick. Certains ont interprété cette déclaration comme conférant un droit de fond, comme le droit de travailler dans sa langue au sein de la fonction publique fédérale et celle du Nouveau-Brunswick. Par ailleurs, force est de constater qu'à ce jour les tribunaux ont reconnu à cet article une valeur interprétative seulement; son rôle se limiterait à aider à l'interprétation d'autres dispositions linguistiques de la *Charte*. Notons aussi que l'article 16(3) mentionne que «La présente charte ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français ou de l'anglais». Par conséquent, les dispositions de la *Charte*, tout comme l'article 133, se veulent un minimum.

L'article 20 de la *Charte* donne au public le droit d'employer le français ou 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. Pour tous les autres bureaux l'obligation d'être servie dans sa langue

est toutefois assujettie à l'une ou l'autre des conditions suivantes: l'emploi du français ou de l'anglais doit faire l'objet d'une demande importante ou encore l'emploi du français ou de l'anglais doit se justifier par la vocation du bureau. Par ailleurs, au Nouveau-Brunswick le public a le droit de communiquer dans l'une ou l'autre langue et de recevoir des services dans sa langue dans tout bureau gouvernemental. L'article 20, au niveau fédéral, a été mis en vigueur par l'adoption d'une nouvelle *Loi sur les langues officielles*⁷ en 1988. Comme dans la loi antérieure, un système de plaintes au bureau du Commissaire aux langues officielles est prévu. La *Loi* permet aussi un recours en justice si la plainte n'est pas résolue de façon satisfaisante par les autorités concernées. Cette *Loi* va plus loin que l'article 20 de la *Charte* et que l'ancienne *Loi sur les langues officielles* puisqu'elle traite directement de la représentation équitable des membres des deux collectivités de langue officielle au sein de la fonction publique. Toutefois la *Loi* ne crée par sur cette question d'obligations juridiques. En pratique la représentation francophone au sein de la fonction publique fédérale est à peu près égale au pourcentage de la population canadienne dont la langue d'usage est le français. La possibilité de travailler en français varie cependant beaucoup d'un ministère à l'autre. Autre innovation de la *Loi sur les langues officielles* de 1988: le gouvernement fédéral s'engage à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada et à appuyer leur développement. Il est cependant loin d'être clair que cette partie de la *Loi* crée une obligation juridique quelconque à l'égard du gouvernement fédéral.

L'article de nature linguistique le plus innovateur, et à mon avis le plus important de la réforme constitutionnelle de 1982, est l'article 23. Cet article accorde aux minorités de langue officielle provinciales le droit à l'instruction dans leur langue. Pour bien cerner cet article, il faut préciser les personnes visées ainsi que les pouvoirs conférés à la minorité.

Quels sont les «ayant droits»? Soulignons, d'abord, que ces articles confèrent aux parents le droit de faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité. Deuxièmement, l'article ne vise que les citoyennes et citoyens canadiens. Par conséquent, les résidentes et résidents permanents, qui doivent vivre quelques années au Canada avant de faire une demande de citoyenneté, n'ont pas de droit en vertu de l'article 23. Leur exclusion s'explique par le fait que le Québec voulait avoir le choix d'imposer l'école française aux nouveaux arrivants.

Non seulement faut-il être citoyennes ou citoyens canadiens, mais il faut aussi faire partie de l'une des catégories énumérées. La première catégorie est

celle des personnes dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où elle réside. Cet article vise principalement à donner des droits aux parents francophones qui n'ont pas pu étudier dans leur langue faute d'écoles mais qui parlent toujours le français. Par ailleurs, l'article 59 de la *Charte* prévoit que le Québec ne sera lié par cette disposition que le jour où il y consentira. Cela signifie qu'un Américain ou une Américaine, dont la première langue apprise et encore comprise est l'anglais, qui immigré au Québec et qui obtient la citoyenneté canadienne ne pourra, de droit, envoyer ses enfants à l'école anglaise. Cette exemption dont jouit le Québec est le résultat d'une tentative de dernière minute du gouvernement fédéral pour tenter de convaincre cette province à consentir au rapatriement. Le Québec a maintenu son refus, alléguant qu'on ne pouvait lui imposer quoi que ce soit dans le domaine de l'éducation. Il est tout de même intéressant de constater que si la majorité des anglophones au Québec sont aujourd'hui prêts à abandonner le système des écoles confessionnelles en faveur d'un régime d'éducation fondé sur la langue, c'est en grande partie à cause de l'existence même de l'article 23.

Parmi les autres «ayant droits», il y a les parents qui, quelle que soit leur langue, ont reçu leur instruction au niveau primaire en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité. Le Québec aurait voulu que seuls les anglophones qui ont reçu leur instruction en anglais au Québec aient droit à l'instruction dans leur langue. C'est d'ailleurs ce que prévoyait un article de la *Charte de la langue française*. Dans sa première décision sur l'article 23, en 1984, la Cour suprême du Canada a invalidé cet article de la *Charte de la langue française*, le déclarant contraire à l'article 23 de la *Charte canadienne*.

Enfin les derniers «ayant droits» sont les parents dont au moins un enfant a reçu ou reçoit son instruction dans la langue de la minorité.

Quant au contenu de l'article 23, la Cour suprême du Canada a rendu deux décisions importantes sur le sujet depuis 1982. Cet article a aussi fait l'objet de décisions et de litiges dans toutes les provinces canadiennes. En soi cela témoigne à la fois de son utilité pour les minorités linguistiques et des réticences au changement des majorités.

Pour la Cour suprême, l'article 23 est appelé à jouer un rôle fondamental dans la construction et le développement d'une relation harmonieuse entre les deux principaux groupes linguistiques du pays. Elle affirme que «cet article

constitue [...] la clef de voûte de l'engagement du Canada envers le bilinguisme et le biculturalisme»⁸.

Pourquoi en est-il ainsi? On pourrait répondre cyniquement que l'article 23 étant le seul article en vertu duquel l'ensemble des provinces canadiennes acceptent des obligations de nature linguistique, c'est le seul article qui témoigne véritablement d'un certain «engagement» envers le bilinguisme et le biculturalisme. Sur une note plus positive, on peut penser que l'article 23 constitue le droit le plus important pour l'édification d'un pays bilingue, car le droit à l'instruction dans sa langue est la condition *sine qua non* pour assurer la survie et l'épanouissement des minorités linguistiques. La Cour suprême insiste sur ce point en affirmant:

L'objet général de l'article 23 est clair: il vise à maintenir les deux langues officielles du Canada ainsi que les cultures qu'elles représentent et à favoriser l'épanouissement de chacune de ces langues, dans la mesure du possible, dans les provinces où elle n'est pas parlée par la majorité. L'article cherche à atteindre ce but en accordant aux parents appartenant à la minorité linguistique des droits à un enseignement dispensé dans leur langue partout au Canada⁹.

De cette formulation par la Cour on peut tirer les deux conclusions sur l'objet de l'article 23:

1) La Cour confirme que l'article 23 ne cherche pas à promouvoir l'apprentissage de l'une ou l'autre des langues officielles du Canada. Il n'oblige pas l'enseignement des deux langues à l'école et ne confère pas le droit à des écoles d'immersion. Il reconnaît plutôt des droits aux membres des minorités linguistiques et à certains membres de la majorité éduqués dans la langue minoritaire ou dont au moins un enfant est inscrit à une école de la minorité.

2) La Cour insiste sur la dimension culturelle de l'article 23. Si les minorités ont droit à l'instruction dans leur langue, c'est que la langue est un véhicule nécessaire pour l'épanouissement de leur culture. D'ailleurs l'école constitue un point de rencontre de la langue et de la culture, non seulement au niveau abstrait de l'enseignement mais aussi concrètement en servant de centre communautaire pour l'ensemble de la minorité linguistique. À ce sujet, la Cour déclare que les écoles sont aussi des centres communautaires. «Ce sont [...], affirme-t-elle, «des lieux de rencontre dont les membres de la minorité ont besoin, des locaux où ils peuvent donner expression à leur culture»¹⁰.

L'article 23 est donc de nature dynamique. Il constitue le fer de lance des minorités linguistiques pour s'épanouir culturellement et linguistiquement. Il doit changer le *statu quo* en vertu duquel les minorités linguistiques disparaissent, ne laissant face à face que deux groupes nationaux territorialement concentrés. Par

ailleurs, ce changement doit nécessairement passer par l'action positive des gouvernements provinciaux, ce qui, pour la Cour, en fait une disposition unique:

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 son objet¹¹.

L'article 23, nous dit la Cour, est un nouveau type de protection. Bien sûr il permet, comme tout droit enchâssé, d'assurer la mise en oeuvre de son contenu malgré la volonté du gouvernement d'y passer outre. D'ailleurs, dans une affaire récente, le gouvernement ontarien, qui s'était engagé à construire une nouvelle école pour des francophones, avait invoqué les difficultés économiques auxquelles était confrontée la province pour retarder à une échéance non précisée ce projet de construction d'une valeur de 10 millions de dollars. Dans cette affaire, le juge a rappelé de façon éloquente pourquoi on enchâsse des droits:

In a climate of job loss, welfare cuts and general reduction of government services it is not difficult to imagine that a capital expenditure of over \$10 million for an improved French language secondary school might not qualify as a service that «we value most», supposing that the «we» referred to therein is the non-Francophone majority. It is to avoid such a result that we have constitutionally protected rights. Elected representatives of the people create constitutions, leaving it to non-elected judges (in Canada at least) to decide what exactly they have created¹².

Ce droit comporte aussi une dimension nouvelle, dans la mesure où si son respect peut en apparence dépendre de l'action d'une seule personne, au même titre que si quelqu'un, par exemple, voudrait employer le français devant un tribunal, en réalité son succès dépend en grande partie de la mobilisation du groupe minoritaire vers un projet commun, que ce soit l'ouverture d'une classe ou encore d'une école. Dans le cas précité, l'école convoitée n'est pas une initiative gouvernementale ou encore d'une personne unique, mais bien de plusieurs parents qui non seulement revendiquent cette école mais qui persistent à envoyer leurs enfants dans des classes portables en attendant d'obtenir cette école.

Summerside, une petite ville de l'Île-du-Prince-Édouard, nous offre un autre exemple de ce genre. Les parents refusent de continuer à envoyer leurs

enfants par autobus dans une école francophone située à cinquante minutes de leur domicile et réclament leur école. Les demandereses en l'occurrence sont deux parents, mais le jugement révèle clairement que leur initiative est aussi le projet d'une petite communauté qui s'est ralliée à une cause précise¹³. L'expérience semble démontrer que s'ils réussissent, d'autres parents se rallieront à leur projet en envoyant à leur tour leurs enfants à la nouvelle école.

Par conséquent le droit à l'instruction garanti à l'article 23, plus que n'importe quel autre droit, fait intervenir le groupe. Évidemment, la mise en oeuvre de tout projet passe quand même par le gouvernement de la majorité. La majorité ne peut cependant pas dire à la minorité, ou ultimement aux tribunaux, « nous vous avons compris », puis élaborer à son goût des institutions destinées à la communauté minoritaire. En effet, contrairement aux tribunaux, à la législature et à l'administration gouvernementale, l'objet ne consiste pas à édifier des institutions pour l'ensemble de la population, mais uniquement pour la minorité. Ainsi les gouvernements et les tribunaux doivent reconnaître ce droit comme conférant certains pouvoirs à la minorité concernée.

Cela étant dit, le problème de déterminer le degré de contrôle requis reste entier. C'est là la difficulté de l'article 23, car si les tribunaux ont reconnu le droit à l'instruction, le contenu de ce droit varie suivant plusieurs facteurs, dont la premier est celui du nombre. Ce droit de nature collective ne repose pas seulement sur un principe de justice, mais aussi sur un rapport de force, dans la mesure où les minorités plus importantes auront davantage en vertu de l'article 23.

En effet, la Cour suprême du Canada, à partir de ce critère du nombre prévu à la face même de l'article 23, a conclu que la nature de ce droit dépendra de critères variables. Autrement dit, le degré de pouvoirs variera selon le nombre d'enfants qui ont droit à l'instruction dans la langue minoritaire. Il faudra un nombre minimum d'enfants pour revendiquer ce droit. Il faudra un nombre encore plus important pour réclamer une représentation proportionnelle de la minorité dans une commission scolaire de la majorité. Enfin il faudra un nombre encore plus grand pour que la Cour accorde l'idéal (qui semble être la norme pour la majorité): une commission scolaire de la minorité.

Il est certain que l'exigence du nombre rend difficile l'appréciation du droit que confère l'article 23 dans un contexte précis. Il peut y avoir un désaccord avec les autorités sur cette question et il peut en résulter des poursuites judiciaires. Entre-temps les nombres peuvent changer. D'ailleurs, le nombre en soi est

difficile à définir, car il ne s'agit pas de considérer le nombre d'élèves réellement inscrits dans les écoles de la minorité, ni davantage le nombre maximum d'élèves qui pourraient s'inscrire, mais plutôt le nombre d'élèves qui s'inscriront en définitive. C'est là une chose difficile à mesurer. Le gouvernement doit-il faire une offre active aux parents? Est-ce par ailleurs aux parents d'établir combien d'enfants vont s'inscrire en définitive? À partir de quelle base territoriale?

À ce critère du nombre viennent s'ajouter d'autres considérations, comme les coûts et le nombre minimum requis pour offrir certains services pédagogiques. Un autre facteur important est que les tribunaux reconnaissent une large marge de manoeuvre aux provinces dans l'adoption d'une structure conférant à la minorité le degré de pouvoir requis. Il s'agit donc pour la province d'une obligation de résultat et non tellement de moyens. C'est d'ailleurs pour cette raison que les tribunaux ont laissé aux provinces déclarées en violation de leurs obligations le soin de préciser la réparation du préjudice résultant de cette violation. Les tribunaux reconnaissent aussi que les solutions préconisées peuvent varier de provinces en provinces et même de régions en régions dans une même province.

Il s'agit donc d'un droit dont l'application n'est pas exempte d'obstacles. L'expérience des quinze dernières années révèle toutefois que l'article 23 n'est pas un échec, dans la mesure où de nouvelles écoles ainsi que des commissions scolaires francophones sont apparues un peu partout au pays. La communauté doit construire sur ces acquis, en espérant qu'il sera maintenant plus facile de progresser et de se mobiliser à partir de structures existantes. Il est toutefois déplorable que l'article 23, étant donné sa formulation, ne traite pas les minorités également, laissant les plus petites, qui sont aussi les minorités plus vulnérables, sans moyens véritables de défense. La Cour affirme d'un même souffle que «[...] la gestion et le contrôle sont vitaux pour assurer l'épanouissement de la langue et de la culture»¹⁴ et «que [...] la méthode du critère variable assure à la minorité la plénitude de la protection que justifie son nombre»¹⁵. Pourtant il est évident que plus le nombre est petit, plus un groupe doit posséder d'outils pour survivre. D'ailleurs en quoi la faiblesse du nombre justifie-t-elle un pouvoir plus grand de la majorité, alors qu'on consent une autonomie aux minorités plus importantes et mieux placées pour faire connaître leurs besoins à la majorité. Pourtant il serait important que toute minorité, sans égards au nombre, puisse se faire entendre sur certaines questions. Je pense en particulier aux programmes d'enseignement. La Cour suprême du Canada semble reconnaître à ce niveau les limites des autorités gouvernementales:

La province a un intérêt dans le contenu et les normes de qualité des programmes scolaires. Pour autant qu'ils ne sont pas incompatibles avec les préoccupations linguistiques et culturelles de la minorité, ces programmes peuvent être imposés sans violation de l'art. 23¹⁶.

Enfin, il me faut mentionner un dernier droit constitutionnel, acquis par la communauté francophone du Nouveau-Brunswick en 1993. À la suite des pressions soutenues de cette communauté, le Nouveau-Brunswick, avec l'assentiment du fédéral, a accepté d'ajouter à la *Charte canadienne des droits et libertés* une disposition tout à fait nouvelle en matière de langue. Cette disposition, maintenant l'article 16.1 de la *Charte*, se lit comme suit:

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.

(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 confirmé¹⁷.

Cette disposition avait pour origine une loi ordinaire, adoptée par le gouvernement provincial en 1981, en réponse au nationaliste acadien qui revendiquait une province acadienne¹⁸. Le contenu de cette loi ordinaire, toujours en vigueur, est plus progressif que l'article 16.1 enchâssé dans la Constitution. On y mentionne le droit des communautés francophones et anglophones à des institutions distinctes où peuvent se dérouler non seulement des activités culturelles et éducationnelles, mais aussi des activités sociales. De plus, le gouvernement du Nouveau-Brunswick s'engage à encourager, par des mesures positives, le développement culturel, économique, éducationnel et social des communautés linguistiques officielles. Toutefois, cette loi comporte une lacune majeure: elle ne prévoit aucun recours pour forcer le gouvernement à respecter ses obligations. En enchâssant le principe de l'égalité des deux communautés linguistiques, le législateur a créé un recours tout en diminuant l'étendue de la protection prévue par la loi ordinaire. Le législateur a en particulier refusé d'accepter le libellé proposé par les principales associations acadiennes afin de garantir aux deux communautés linguistiques le droit à des institutions distinctes dans tous les domaines essentiels à leur épanouissement. Enchâssé il y a maintenant 4 ans, l'article 16.1 n'a pas encore fait l'objet de décisions judiciaires. Il faudra voir d'ailleurs qui, des individus ou des groupes, pourra s'en prévaloir.

CONCLUSION

Jusqu'à ce jour la leçon à tirer de la lutte des minorités linguistiques au Canada pour la reconnaissance de leurs droits est que le poids politique d'une minorité est le facteur le plus important lorsque viendra le moment de décider s'il faut enchâsser ses droits dans la Constitution. Dans l'éventualité de l'enchâssement de ses droits, la minorité jouira d'une influence politique déterminante pour assurer le respect de ces droits. Pour les majorités au Canada, il semble que la reconnaissance des minorités linguistiques n'est pas une affaire de principe mais le résultat d'une lutte où les plus faibles sont laissés pour compte. Dans ces conditions, les plus importantes minorités linguistiques ont tout intérêt, d'une part, à rester fortes, et d'autre part, à faire enchâsser le plus de protections linguistiques possibles pour mieux assurer leur avenir.

Quant aux minorités moins importantes, leur défi est beaucoup plus grand: il leur faut transformer l'attitude des majorités afin que la reconnaissance de leurs droits ne soit plus une question de force mais de principe. Il faut faire comprendre aux majorités, surtout si elles sont tout à fait dominantes, que si leur nombre leur permet de brimer la minorité, ce n'est pas un motif pour le faire.

Transformer l'attitude des majorités en se fondant sur des principes peut sembler un objectif à long terme et même idéaliste. Pourtant le regain d'intérêt pour les droits des minorités de par le monde permet d'espérer que les majorités linguistiques canadiennes feront tôt ou tard leur examen de conscience. Évidemment, mieux vaut tôt que tard, car les plus petites minorités linguistiques, victimes de l'assimilation, n'existeront plus alors que dans les pages des livres d'histoire et encore.

Par ailleurs, si convaincre la majorité de la valeur de la minorité est en soi une tâche immense, il pourrait être encore plus difficile de convaincre une majorité que l'épanouissement de la minorité passe par la reconnaissance de ses propres institutions, à l'abri d'une majorité qui se pense bienveillante.

NOTES

1. (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3.
2. (R.-U.), 33 Vict., c. 3.
3. (R.-U.), 49 Vict., c. 50.
4. L.R.Q. 1977, c. C-11.
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.
6. *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Minority Language School No. 50*, (1986) 1 R.C.S. 549 à la p. 578.
7. L.C. 1988, c. 38.
8. *Mahé c. R.*, (1990) 1 R.C.S. 342 à la p. 350.
9. *Ibid.* à la p. 362.
10. *Ibid.* à la p. 363.
11. *Ibid.* aux pp. 364-365.
12. *Conseil des écoles séparées catholiques romaines de Dufferin et Peel c. Ontario (Ministre de l'Éducation et de la Formation)* (1996), 30 O.R. (3^e) 681 à la p. 682 (Div. gén., C. div.).
13. *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard* (1997), 147 Nfld. & P.E.I.R. 308 (S.C.)
14. *Supra*, note 8 à la p. 371.
15. *Ibid.* à la p. 366.
16. *Ibid.* à la p. 380.
17. *Proclamation de 1993 modifiant la Constitution (Loi du Nouveau-Brunswick)*, TR/93-54, le 7 avril 1993.
18. *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*, L.N.-B. 1981, c. O-1.1.