

La question de l'autonomie des francophones hors Québec :
Trois décennies d'activisme judiciaire en matière de droits linguistiques
au Canada

Stéphanie Chouinard

Thèse présentée à la
Faculté des études supérieures et postdoctorales
dans le cadre des exigences du programme
de Doctorat en science politique

École d'études politiques
Faculté des Sciences sociales
Université d'Ottawa

Résumé

La thèse étudie la question de l'autonomie des francophones hors Québec au regard de trente ans d'activisme judiciaire dans le domaine des droits linguistiques depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Nous étudions la jurisprudence importante dans ce domaine, provenant majoritairement de la Cour suprême du Canada et la possibilité, pour les juges, de faire avancer une norme d'autonomie pour les francophones hors Québec (FHQ). La thèse démontre que l'interprétation des droits linguistiques par les juges est contrainte par des éléments contextuels comme les traditions étatiques du compromis politique et du fédéralisme. Ces traditions étatiques conditionnent les représentations que se font les juges des droits linguistiques et créent des effets de « dépendance au sentier » dans le domaine de la jurisprudence, limitant la possibilité, pour les juges, de faire avancer une norme d'autonomie pour les FHQ. Les juges peuvent toutefois réviser ces éléments de dépendance au sentier afin de présenter de nouvelles représentations des droits linguistiques dans la jurisprudence, instigatrices de « points tournants », voire de nouveaux paradigmes d'interprétation, dans l'évolution des droits linguistiques. La thèse permet de voir que l'activisme judiciaire dans le domaine des droits linguistiques demeure soumis aux éléments structurants du régime linguistique canadien. En conséquence, les juges ont répondu, de façon graduelle, à certaines revendications des minorités francophones du Canada, sans toutefois combler toutes leurs aspirations d'autonomie.

Afin de réaliser cette recherche, nous avons proposé une analyse herméneutique de la jurisprudence. Nous avons aussi mobilisé les outils théoriques de l'institutionnalisme historique et la notion de représentations afin de montrer les facteurs de continuité et de changement dans le domaine des droits linguistiques. Ces outils nous ont permis de compléter l'approche personnelle aux décisions des juges en arrimant l'analyse de la jurisprudence à son contexte institutionnel d'énonciation et d'observer la dépendance au sentier et les points tournants dans l'interprétation des droits linguistiques sur trois décennies.

Cette recherche contribue à l'avancement des connaissances en participant au débat normatif et à l'analyse institutionnelle des droits des minorités linguistiques. D'abord, la thèse met en dialogue les disciplines du droit et de la science politique, grâce à une analyse institutionnelle de la jurisprudence canadienne dans le domaine des droits linguistiques. Elle contribue aussi au domaine d'étude de la judiciarisation de la politique canadienne et la mobilisation judiciaire des « citoyens de la *Charte* » - où les FHQ brillent par leur absence. Ensuite, sur le plan normatif, la thèse montre comment l'évolution de la jurisprudence pose de nouveaux jalons pour penser l'autonomie des FHQ. Cette discussion nourrit aussi le débat international sur les droits auxquels les minorités linguistiques peuvent aspirer, dans le sillon des travaux de Cardinal (2008), de Cardinal et González Hidalgo (2012), de Foucher (2012), de Léger (2015) de Kymlicka (2012), et de Poirier (2012). Finalement, au plan théorique, en tentant de démontrer l'existence d'éléments contextuels contraignant l'évolution de la jurisprudence de droit linguistique au Canada, notre thèse confirme l'utilité de l'approche néo-institutionnaliste historique pour l'étude de la question de la « judiciarisation de la politique » au Canada, un domaine dominé par les approches instrumentalistes.

Mots clés : Activisme judiciaire, Autonomie, Canada, *Charte canadienne des droits et libertés*, Constitution, Cour suprême du Canada, Droits des minorités, Droits linguistiques, Fédéralisme, Francophonie, Francophones hors Québec, Langues officielles, Minorités, Minorités linguistiques, Régimes linguistiques

Table des matières

RÉSUMÉ	II
REMERCIEMENTS	VI
LISTE DES TABLEAUX	VIII
SIGLES ET ABRÉVIATIONS	IX
INTRODUCTION	1
L'ENJEU DE LA NORME EN DROIT ET EN SCIENCE POLITIQUE.....	2
<i>Les juges et les normes</i>	4
<i>Les minorités et les normes</i>	5
LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS ET LA JUDICIARISATION DE LA POLITIQUE CANADIENNE	7
<i>La Charte, les droits linguistiques et l'autonomie des francophones hors Québec</i>	9
PLAN DE LA THÈSE	11
CHAPITRE 1	15
LES DROITS DES MINORITÉS LINGUISTIQUES ET LE DROIT À L'AUTONOMIE	15
QU'EST-CE QU'UNE MINORITÉ?	15
LA PROTECTION DES MINORITÉS.....	19
QUELS DROITS, POUR QUELLES MINORITÉS?.....	21
<i>La tradition libérale</i>	21
<i>La tradition communautarienne</i>	24
<i>La tradition républicaine</i>	25
<i>Les droits des minorités linguistiques</i>	27
LE DROIT À L'AUTONOMIE	29
<i>L'autonomie territoriale</i>	31
<i>L'autonomie personnelle/non territoriale</i>	33
LA QUESTION DE L'AUTONOMIE DES FRANCOPHONES HORS QUÉBEC	36
LES DROITS LINGUISTIQUES AU CANADA COMPRENNENT-ILS UN DROIT À L'AUTONOMIE POUR LES FRANCOPHONES HORS QUÉBEC?	47
CHAPITRE 2	55
CADRE THÉORIQUE ET MÉTHODOLOGIQUE	55
LES APPROCHES THÉORIQUES AUX ÉTUDES SUR LA BRANCHE JUDICIAIRE DEPUIS L'ADOPTION DE LA CHARTE... 57	
<i>L'approche institutionnaliste à l'étude de la branche judiciaire en politique canadienne</i>	63
<i>La question des représentations</i>	68
MÉTHODOLOGIE	70
<i>L'herméneutique</i>	70
COLLECTE DE DONNÉES ET GRILLE D'ANALYSE	75
LIMITES ET CONTRIBUTIONS DE LA THÈSE	76
CHAPITRE 3	79
LA GENÈSE DE L'INTERPRÉTATION DES DROITS LINGUISTIQUES AU CANADA	79
LA COUR SUPRÊME DU CANADA, 1975-1988	80
<i>La composition de la Cour suprême</i>	81
LES ARRÊTS ANTÉRIEURS À LA CHARTE EN MATIÈRE DE DROITS LINGUISTIQUES : 1975-1981	88
<i>Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick</i>	89
<i>Procureur général du Québec c. Blaikie et autres (Blaikie n°1)</i>	91

<i>Procureur général du Manitoba c. Forest</i>	92
<i>Procureur général du Québec c. Blaikie et autres (Blaikie n°2)</i>	94
LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE DROIT LINGUISTIQUE SUITE À L'ADOPTION DE LA CHARTE : 1982-1988	95
<i>Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights</i>	98
<i>Procureur général du Québec c. Quebec Protestant School Boards</i>	102
<i>Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba</i>	103
<i>MacDonald c. Ville de Montréal</i>	105
<i>Bilodeau c. Procureur général (Manitoba)</i>	107
<i>Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick c. Association of Parents</i>	109
<i>R c. Mercure</i>	112
<i>Ford c. Procureur général du Québec et Devine c. Procureur général du Québec</i>	115
L'INTERPRÉTATION DES DROITS LINGUISTIQUES CANADIENS	118
LA GENÈSE DE L'INTERPRÉTATION DES DROITS LINGUISTIQUES AU REGARD D'UNE NORME D'AUTONOMIE POUR LES FRANCOPHONES HORS QUÉBEC : 1982-1988	138
CONCLUSION	148
CHAPITRE 4	150
VERS UN PARADIGME D'INTERPRÉTATION LIBÉRALE DES DROITS LINGUISTIQUES.....	150
LA COUR SUPRÊME DU CANADA, 1990-2000	151
<i>La composition de la Cour suprême du Canada</i>	151
LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE DROITS LINGUISTIQUES (ET DE DROITS DES MINORITÉS) : 1990-2000	156
<i>Mahe c. Alberta</i>	157
<i>R. c. Paquette</i>	162
<i>Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Manitoba)</i>	164
<i>Renvoi relatif à la sécession du Québec</i>	168
<i>R. c. Beaulac</i>	172
<i>Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard</i>	176
L'INTERPRÉTATION DES DROITS LINGUISTIQUES CANADIENS	179
L'INTERPRÉTATION DES DROITS LINGUISTIQUES AU REGARD D'UNE NORME D'AUTONOMIE POUR LES FRANCOPHONES HORS QUÉBEC : 1990-2000	197
CONCLUSION	212
CHAPITRE 5	216
LA CONSOLIDATION ET LES LIMITES DE L'INTERPRÉTATION LIBÉRALE DES DROITS LINGUISTIQUES	216
LA COUR SUPRÊME DU CANADA, 2001-2012	217
<i>La composition de la Cour suprême</i>	217
<i>Beverley McLachlin</i>	219
<i>William Ian Corneil Binnie</i>	221
LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE DROITS LINGUISTIQUES : 2001-2012	223
<i>Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé) (Affaire Montfort)</i>	225
<i>Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)</i>	227
<i>Raïche c. Canada (Procureur général)</i>	231
<i>Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)</i>	234
<i>Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)</i>	237
<i>Charlebois c. Saint John (Ville) (Charlebois n°2)</i>	238
<i>Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada (Affaire Paulin)</i>	242
<i>DesRochers c. Canada (Industrie) (Affaire CALDECH)</i>	244

<i>Québec (Éducation, loisir et sport) c. Nguyen</i>	247
<i>Galganov v. Russell (Township)</i>	250
L'INTERPRÉTATION DES DROITS LINGUISTIQUES CANADIENS	253
L'ÉVOLUTION DE L'INTERPRÉTATION DES DROITS LINGUISTIQUES AU REGARD D'UNE NORME D'AUTONOMIE POUR LES FRANCOPHONES HORS QUÉBEC, 2001-2012	266
CONCLUSION	279
CONCLUSION	282
TRENTE ANS APRÈS L'ADOPTION DE LA CHARTE : L'ÉNONCIATION D'UNE NORME D'AUTONOMIE POUR LES FRANCOPHONES HORS QUÉBEC	282
LE CONTEXTE D'INTERPRÉTATION DES DROITS LINGUISTIQUES	283
<i>Les juges et le droit linguistique</i>	292
L'AUTONOMIE DES FRANCOPHONES HORS QUÉBEC PAR LE DROIT : AVANCÉES ET ÉCUEILS.....	293
LA JUDICIARISATION DE LA QUESTION LINGUISTIQUE ET SES CONSÉQUENCES	303
LES CONTRIBUTIONS DE LA THÈSE	305
RÉFLEXIONS EN VUE DE TRAVAUX ULTÉRIEURS	307
BIBLIOGRAPHIE	310
ARTICLES ET OUVRAGES SCIENTIFIQUES.....	310
ARRÊTS DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA	328
<i>Droit linguistique</i>	328
<i>Autres</i>	329
ARRÊTS DE COURS INFÉRIEURES OU AUTRES	329
OUVRAGES DE RÉFÉRENCE	330
TEXTES LÉGISLATIFS.....	331
ARTICLES DE MAGAZINES ET BLOGUES	332
ARTICLES DE JOURNAUX.....	333

Remerciements

Une thèse, c'est le fruit d'un effort plus long et soutenu que l'on n'aurait pu se l'imaginer à la ligne de départ, et le processus est plus formateur que ce que le produit final ne saurait révéler. Sans l'appui de nombreuses personnes qui me sont chères – professeurs, parents et proches, collègues et amis – cette expérience aurait été autrement plus ardue, et la ligne d'arrivée, beaucoup plus difficile à atteindre.

En premier lieu, je dois exprimer ma profonde gratitude envers ma directrice, Linda Cardinal. Cette thèse est le reflet de sa patience infinie envers moi durant ce processus et de l'accompagnement considérable et soutenu qu'elle m'a offert, tant au niveau de l'approfondissement de mes connaissances que dans l'apprentissage des rouages du monde académique. La présente recherche témoigne de l'influence qu'elle a eue sur mon cheminement intellectuel. Je tiens aussi à remercier Pierre Foucher et à souligner l'influence importante de ses recherches sur ma compréhension des droits linguistiques, ainsi que François Rocher pour son accompagnement depuis les balbutiements de cette thèse. Emmanuelle Richez et Janique Dubois m'ont offert des commentaires et des questions des plus pertinents en fin de parcours. Merci à vous tous de m'avoir permis de pousser plus loin ma réflexion sur ma recherche doctorale. Je souhaite également souligner la formidable « seconde introduction » à la politique canadienne reçue par Martin Papillon en guise de cours noyau, et qui a marqué ma compréhension de cette discipline. J'ai aussi beaucoup de gratitude envers de nombreux membres du corps professoral de ma faculté et de mon département: Sophie Bourgault, Matthew Kirby, E.-Martin Meunier, Michael Orsini, Robert Sparling, Manon Tremblay, Luc Turgeon et Jennifer Wallner. Je vous remercie de vos précieux conseils et de votre soutien jusqu'à la ligne d'arrivée.

Je dois souligner l'appui financier du programme Vanier du Conseil de recherches en sciences humaines (CRSH) et de la Fondation Baxter et Alma Ricard durant mes études doctorales. Je remercie aussi le professeur Jean Leclair, qui a gracieusement accepté de me prendre sous son aile à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, en tant que stagiaire postdoctorale.

Sur une note plus personnelle, si j'ai survécu au marathon doctoral, c'est aussi grâce au soutien de plusieurs collègues et amis avec qui j'ai eu la chance de partager défis, succès, frustrations, l'occasionnelle crise existentielle, ainsi que des discussions nombreuses et parfois enflammées sur la francophonie canadienne et les droits des minorités. Merci à Myriam Beaudry,

François Boileau, Ariane Brun del Re, Tina Desabrais, Jean-François Dupré, Marie-Hélène Eddie, Amély Friolet-O’Neil, Érik Labelle Eastaugh, Andrea Flewelling, Helaina Gaspard, Edith Leclerc, Luc Léger, Rémi Léger, Mireille McLaughlin, Renée Mackenzie, Martin Normand, Mireille Paquet, Alexandre Pelletier, Lyne Robichaud, Melissa Thornton, Catrin Wyn Edward, et à celles et ceux que j’aurais pu oublier. J’adresse des remerciements particuliers aux esprits ayant cogité autour du journal *La Relève* (Darius Bossé, François-Olivier Dorais et Caroline Lester, Serge Dupuis, Jean-François Laniel et Chanelle Reinhardt, et Serge Miville). Les liens d’amitié et les affinités intellectuelles que nous avons forgés dépassent les frontières de ce projet et sont pour moi des plus précieux.

Mille mercis à Sean, mon partenaire, ma force tranquille. Si j’ai survécu à la rédaction de cette thèse sans devenir complètement névrosée, c’est grâce à tes encouragements, ta bonne humeur contagieuse, ta patience et ton écoute dans mes pires moments – et on sait tous les deux qu’il y en a eu quelques-uns... – mais surtout, ta capacité inégalée à me faire rire. Je suis choyée que tu sois dans ma vie.

Enfin, je tiens à remercier mes parents, Myrriane et Pierre, de leur appui indéfectible, non seulement durant mon doctorat, mais depuis les tous débuts. La discipline et l’éthique de travail que vous m’avez inculquées en prêchant par l’exemple, sans parler de toutes vos attentions (les petites comme les grandes) et de votre soutien continu, ont été autant de contributions à ma réussite. C’est avec beaucoup d’amour et de gratitude que je vous dédie les pages qui suivent.

Liste des tableaux

Tableau 2.1: Les décisions importantes dans le domaine des droits linguistiques au Canada, 1982-2012.....	75
Tableau 3.1 : La composition de la Cour suprême du Canada, 1975-1981	82
Tableau 3.2 : La composition de la Cour suprême du Canada, 1982-1988.....	82
Tableau 3.3 : La participation des juges aux décisions de droit linguistique, 1975-1988.....	86
Tableau 3.4: Les décisions de la Cour suprême du Canada sur les droits linguistiques, 1975-1981.....	88
Tableau 3.5: Les décisions de la Cour suprême du Canada sur les droits linguistiques et le Renvoi de la Cour d'appel de l'Ontario, 1982-1988.....	96
Tableau 3.6: L'interprétation des droits linguistiques dans la jurisprudence, 1982-1988.....	118
Tableau 3.7: L'énonciation d'une norme d'autonomie et les représentations des juges, 1982-1988.....	146
Tableau 4.1: La composition de la Cour suprême du Canada, 1990-2000.....	151
Tableau 4.2: Les décisions de la Cour suprême du Canada dans le domaine des droits linguistiques, 1990-2000.....	156
Tableau 4.3: Le <i>Renvoi relatif à la Sécession du Québec</i> de la Cour suprême du Canada, 1998.....	157
Tableau 4.4: L'interprétation des droits linguistiques dans la jurisprudence, 1990-2000.....	180
Tableau 4.5: L'interprétation de la Constitution canadienne dans le <i>Renvoi relatif à la Sécession du Québec</i> , 1998.....	181
Tableau 4.6: L'énonciation d'une norme d'autonomie et les représentations des juges, 1990-2000.....	208
Tableau 5.1: La composition de la Cour suprême du Canada, 2001-2012.....	219
Tableau 5.2: La participation des juges aux décisions de droit linguistique, 2001-2012.....	223
Tableau 5.3: Les décisions de la Cour suprême du Canada dans le domaine des droits linguistiques, 2001-2012.....	224
Tableau 5.4: L'interprétation des droits linguistiques dans la jurisprudence, 2001-2012.....	254
Tableau 5.5: L'énonciation d'une norme d'autonomie et les représentations des juges, 2001-2012.....	276
Tableau 6.1: Le contexte d'interprétation des droits linguistiques, 1982-2012.....	283
Tableau 6.2: L'avancement d'une norme d'autonomie dans la jurisprudence de droit linguistique, 1982-2012.....	294

Sigles et abréviations

<i>AANB</i>	<i>Acte de l'Amérique du Nord Britannique</i>
ACFA	Association canadienne-française de l'Alberta
ACFCS	Association culturelle franco-canadienne de la Saskatchewan
ACFO	Association canadienne-française de l'Ontario
CALDECH	Corporation de développement économique communautaire de la Huronie
CBC	Canadian Broadcasting Corporation
<i>Charte</i>	<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>
<i>CLF</i>	<i>Charte de la langue française</i>
CLO	Commissariat aux langues officielles
CLOSM	Communauté de langue officielle en situation minoritaire
CONA	Convention nationale des Acadiens
CRCCF	Centre de recherche en civilisation canadienne-française
ÉPNS	Écoles publiques non subventionnées
FCFA	Fédération des communautés francophones et acadienne (du Canada)
FFHQ	Fédération des francophones hors Québec
FHQ	Francophones hors Québec
FPCP	Fédération provinciale des comités de parents (Manitoba)
GRC	Gendarmerie royale canadienne
ICRML	Institut canadien de recherche sur les minorités linguistiques
<i>JCPC</i>	<i>Judicial Committee of the Privy Council</i>
LGBT	Lesbienne, gai, bisexuel et transsexuel
<i>LLO</i>	<i>Loi sur les langues officielles</i>
<i>LLONB</i>	<i>Loi sur les langues officielles (Nouveau-Brunswick)</i>
<i>LMS</i>	<i>Legal Mobilization Studies</i>
<i>LSF</i>	<i>Loi sur les services en français (Ontario)</i>
NPD	Nouveau parti démocratique
<i>OLA</i>	<i>Official Language Act (Manitoba)</i>
ONU	Organisation des Nations Unies
PA	Parti Acadien
PADL	Programme d'appui aux droits linguistiques
PCJ	Programme de contestation judiciaire
PQ	Parti Québécois
RDÉE	Réseau de développement économique et d'employabilité
SADC	Société d'aide au développement des collectivités
SANB	Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick
SAANB	Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick
SFM	Société franco-manitobaine
SNA	Société nationale de l'Acadie
TAQ	Tribunal administratif du Québec
<i>UNB</i>	<i>University of New Brunswick</i>
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
URSS	Union des Républiques socialistes soviétiques

Introduction

Le 4 décembre 2003, peu avant 18h00, Gilles Caron, un homme originaire du Québec vivant depuis treize ans à Edmonton, en Alberta, roule à bord de son camion Chevrolet. À l'intersection de la 76^e avenue et de la 34^e rue de la ville, il amorce un virage à gauche, et entre en collision avec une Honda roulant à toute allure (Aunger, 2014 : 32). À l'arrivée des policiers sur place, Caron leur explique, dans un « anglais rudimentaire » (*ibid.* : 33), sa version des faits au sujet de l'accident : la voiture Honda roulait selon lui trop vite, à près de 90 kilomètres à l'heure. En fin de compte, l'agent de police lui remet une contravention indiquant « *Fail to make a left turn in safety* », et une amende de l'ordre de 115,00\$. Après avoir tenté, en vain, d'obtenir une copie en français de sa contravention, à la fois auprès de la ville d'Edmonton et de la province de l'Alberta, Caron décide de contester cette dernière en vertu de son impossibilité d'obtenir la contravention en français. Il demande que son procès soit tenu en français, car il croit que le policier n'a pas pris compte de sa version des faits (*ibid.*). Six procès, des milliers de pages de documentation historique sur le statut du français en Alberta, et douze ans plus tard, le 14 février 2015, sa cause est entendue par la Cour suprême du Canada (*Le Devoir*, le 14 février 2015 : en ligne). S'il se retrouve devant le plus haut tribunal au pays, c'est parce que la cause *Caron* a pris un tournant important : c'est maintenant non seulement sur la validité de la contravention de Caron, mais sur le statut de la langue française dans tout l'Ouest canadien, que les juges ont à trancher (*ibid.*).

Cette situation n'est pas extraordinaire. De nombreux francophones hors Québec, soit de façon individuelle ou par l'entremise de leurs organismes porte-parole, prennent chaque année la voie des tribunaux afin de voir leurs droits linguistiques respectés ou clarifiés. En février dernier, Philippe Orfali, dans les pages du quotidien *Le Devoir*, écrivait que le nombre de litiges dans le domaine des droits linguistiques entamés au Canada en 2015 allait battre des records : « Jamais, dans l'histoire du pays, n'a-t-on vu autant de dossiers de droits linguistiques se frayer un chemin vers les plus hauts tribunaux » (*Le Devoir*, le 7 février 2015 : en ligne). Les minorités francophones du pays interpelaient alors les gouvernements de la province de la Colombie-Britannique, de l'Alberta, de la Saskatchewan, du Territoire du Yukon, et des Territoires du Nord-Ouest pour avoir manqué à leurs obligations en matière de langues officielles. Le Nouveau-Brunswick s'est depuis ajouté à cette liste (Doucet, 2015 : en ligne), et l'Île-du-Prince-Édouard et

Terre-Neuve-et-Labrador pourraient en faire autant d'ici l'an prochain (*Le Devoir*, le 7 février 2015 : en ligne). Cette ascension du nombre de litiges de droits linguistiques en 2015 est la conséquence d'un phénomène qui date maintenant de plus de trois décennies, soit la judiciarisation de la question linguistique au Canada.

Cette thèse portera sur la question de l'autonomie des francophones hors Québec depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* (*Charte*), en 1982. Notre objectif principal sera d'étudier la jurisprudence de droit linguistique depuis cette époque afin d'en extraire les éléments les plus pertinents pour faire avancer le débat sur l'autonomie pour les minorités francophones hors Québec (FHQ).

L'enjeu de la norme en droit et en science politique

Le droit et la science politique partagent une longue histoire. En effet, les objectifs des deux disciplines sont assez semblables. Comme l'explique Pierre Noreau, « la science politique et la théorie du droit traitent toutes deux du problème de l'ordre, du commandement et de la sanction » (Noreau, 2000 : 153). La science politique a graduellement acquis son indépendance de la discipline du droit au cours du XX^e siècle, mais une certaine méfiance s'est installée entre les deux disciplines avec le temps. L'émancipation épistémologique et institutionnelle de la science politique, notamment par la création d'écoles séparées (Dumoulin et Robert, cités dans : Commaille, Dumoulin et Robert, 2000 : 13), explique en partie la méfiance qui semble régner entre les deux disciplines. Selon Noreau, c'est dans le domaine du travail théorique que se situe le premier malentendu interdisciplinaire. Pour le juriste, la théorie consiste à étudier « le phénomène juridique *en soi*, dans sa propre forme, sans toujours considérer son rapport aux autres faits sociaux »¹ (Noreau, 2000 : 155-156). En sciences sociales, en revanche, le droit prend son importance de par son rapport avec les sphères *extérieures* au droit, comme la société ou les institutions politiques. L'un des penseurs classiques de la sociologie du droit, Max Weber, soulignait déjà, au début du XX^e siècle, l'importance d'observer « la chose juridique » d'un point de vue sociologique. Il importait d'observer l'impact du droit sur la vie sociale et vice versa. Pour Weber, le sociologue étudie « comment une norme est comprise par les individus et comment elle se répercute dans les conduites sociales » (Weber, 2007[1922] : 15). Émile Durkheim, le contemporain de Weber, le rejoint dans ses propos. Selon Durkheim, le droit est le produit de la

¹ En italiques dans le texte.

société; les lois sont le produit de coutumes sociales (cité dans Batiffol, 1962 : 34). Comme l'explique Batiffol (*ibid.* : 35),

Le droit [...] est lié à la société, en ce double sens que tout droit est engendré par la société, mais aussi mène donc à voir le phénomène juridique dans les règles d'organisation de tout groupement humain, qu'il s'agisse de la plus modeste association aussi bien que du plus puissant État, ou de la communauté internationale [...].

Autrement dit, pour les juristes, l'activité juridique est source de légitimation des normes, alors que pour les chercheurs des sciences sociales plus généralement, la légitimité des normes portées par le droit provient de la société. La société a pour tâche de mettre les normes « en forme », tandis que le droit les met « en œuvre » (Noreau, 2000 : 156). Autrement dit, bien que les deux disciplines détiennent leurs caractéristiques propres, il existe un phénomène d'interpénétration entre celles-ci. Par conséquent, comme le souligne Eisenmann, « il convient d'établir [des connexions] entre l'étude intrinsèque des systèmes de normes et celles des problèmes extérieurs qui s'y rapportent » (dans : Houde et Lettre, 1964-1965 : 8).

Un défi dans l'étude de ces systèmes de normes est, selon Noreau, que la notion de « norme » a une signification différente dans les lexiques disciplinaires du droit et des sciences sociales. Comme il l'explique,

Pour la théorie du droit, la norme est nécessairement le produit d'un énoncé. C'est la signification d'un commandement. Pour la sociologie, au contraire, la notion de norme renvoie à une réalité plus large et inclut en pratique tout ce que font effectivement les individus, tout ce qui, connoté socialement, apparaît comme acceptable ou inacceptable. C'est la référence spontanée à la normalité, entendue ici dans son sens courant (Noreau, 2000 : 161).

En science politique, la norme juridique prend la forme d'un commandement. La « norme fondamentale », c'est-à-dire la norme agissant comme guide pour toutes les autres normes, dans cette discipline, est la constitution, inscrite dans le droit étatique (*ibid.* : 162). La théorie du droit, la sociologie et la science politique ont toutefois en partage une reconnaissance du droit comme un « marqueur symbolique », ou comme « source de capital symbolique » (*ibid.* : 173). En d'autres mots, le droit formalise les normes sociales, qui une fois codifiées, gagnent en légitimité (ce « capital symbolique » dont parle Noreau). Cette légitimité découle de la sanction accordée aux normes par « le souverain » ou « le législateur », qui adopte et assure le respect du droit (*ibid.* : 163). Par cette codification, les normes sociales deviennent des normes juridiques.

Les juges et les normes

Le législateur partage une partie de sa légitimité normative avec une autre branche du gouvernement : la branche judiciaire. Dans les pays de *common law*, les décisions des juges provenant des cours constitutionnelles en particulier ont aussi un capital symbolique important, car elles ont littéralement force de loi (Serverin, 2000 : 71). Selon Chevrier,

[o]n reconnaît généralement plusieurs fonctions aux cours constitutionnelles ou suprêmes. [...] Louis Favoreu assigne au contrôle juridictionnel des lois six fonctions nécessaires au fonctionnement des régimes démocratiques : la pacification de la vie politique; la régulation et l'authentification des changements politiques; le renforcement de la cohésion de la société politique; la diffusion et l'enracinement des droits fondamentaux; la protection de ces droits; l'adaptation de la Constitution (Chevrier, 2000 : 68-69).

Le juge a un impact direct sur les normes par l'entremise de son pouvoir de dire le droit. La fonction d'« adaptation de la Constitution », en particulier, signale que les juges ne font pas qu'interpréter la Constitution. En l'adaptant à son contexte contemporain, les juges participent à la reformulation et à la légitimation de ce texte de loi. Lajoie renchérit :

Toute interprétation, de la Constitution comme de la loi, affecte les textes auxquels elle s'applique et, à travers eux, le réel : justiciables, législateurs, État, et – s'agissant d'un texte normatif, qui n'a d'autre but, précisément, que d'orienter les conduites d'autrui – les affecte plus encore que tout autre texte simplement narratif ou discursif, dont le sens n'a pas de portée intrinsèquement performative (Lajoie, 1997 : 98).

C'est ainsi que toute prise de parole, toute interprétation du juge a un effet non seulement sur le texte de loi et sur les normes que celui-ci véhicule, mais, encore plus fondamentalement, son impact déborde du strict cadre juridique, jusqu'à toucher le réel –, et ce, par l'intermédiaire du politique, et notamment des politiques publiques.

Or, le réinvestissement graduel de la politique par le juridique, notamment par l'entremise de deux phénomènes, soit la judiciarisation et la juridicisation, témoigne d'une double transformation du politique. Par la judiciarisation, Péliisse entend « une 'explosion' et une 'montée inexorable du contentieux' », « 'une multiplication des recours juridiques' et une 'intervention grandissante des tribunaux' » et « des comportements de plus en plus procéduriers » (Péliisse, 2009 : 74). Par « juridicisation », il faut comprendre « une formalisation juridique accrue des relations sociales, une extension du droit comme modèle et référence pratique pour les actions » (*ibid.* : 75-76). Par l'intermédiaire de ces phénomènes concomitants,

Garapon explique que « [l]e juge se manifeste dans un nombre de secteurs de la vie sociale chaque jour plus étendu » (Garapon, 1995 : 16). Autrement dit, le pouvoir du juge d'énoncer des normes pour la société s'étendrait à des sphères d'influence de plus en plus grandes. Ainsi, pour Dumoulin et Robert (cité dans : Commaille, Dumoulin et Robert, 2000 : 16),

[s]e pose alors avec intensité la question de la légitimité de la norme juridique et de son rapport au social. Comment le droit, fondé sur des principes d'universalité et de généralité, prend-il en compte la demande qui émane du corps social? Comment traite-t-il les revendications et exigences populaires? Leur donne-t-il voix au chapitre dans le processus d'édiction de la norme?

Les minorités et les normes

Certains groupes de la société se retrouvent sous-représentés au sein de la politique, et ne partagent pas nécessairement les normes adoptées par la majorité. Jacques Vanderlinden ira même jusqu'à dire que certaines minorités politiques et sociales sont menacées par les normes de la majorité, et que dans une tentative d'autopréservation, elles souhaitent « échapper [...] à une partie du droit que [la société majoritaire] entend leur imposer » (Vanderlinden, dans : Lajoie, 2002 : 21). D'autres minorités tenteront de changer le droit (et les normes qu'il véhicule) de l'intérieur. Cela est le cas des francophones hors Québec qui, depuis 1982, ont souvent choisi la voie judiciaire pour procéder aux changements escomptés. Comme l'explique Foucher :

Le principal producteur de droit demeure l'État et ses institutions. Or, les francophones ne contrôlent qu'un État en Amérique, un État fédéré : le Québec. Tous les autres lieux de production du droit étatique hors Québec – les bureaucraties, les assemblées législatives provinciales, le Sénat ou la Chambre des communes du Canada – relèvent d'instances où les francophones peuvent espérer exercer une influence, parfois un partage du pouvoir, mais non, en l'état actuel des choses, un contrôle complet. Devant cette faiblesse politique, toute minorité se tourne vers les tribunaux (Foucher, 2008a : 464).

Noreau et Vallet (2004) ont identifié trois modalités de mobilisations du droit par les minorités. En premier lieu, le « recours au droit » cherche à modifier le rapport de force entre majorité et minorité en faveur de cette dernière afin d'obtenir des formes de reconnaissance pour la minorité. « [C]ette forme de référence au droit caractérise d'abord la revendication de minorités en quête de reconnaissance et [...] le droit y est d'abord mobilisé comme *ressource symbolique* avant de l'être en tant que ressource instrumentale » (Noreau et Vallet, 2004 : 11). Par « ressource symbolique », il est entendu que le droit permet aux minorités d'augmenter leur capital symbolique, voire leur « poids relatif » (Durand, 2014 : en ligne) en société, notamment par un

plus grand niveau de reconnaissance et de légitimité octroyé par la majorité. Cette modalité se situe au niveau politique. Noreau et Vallet conceptualisent la deuxième modalité de mobilisation du droit d'un point de vue instrumental. La reconnaissance de droits sert à conférer des pouvoirs à la minorité. Elle comprend l'exercice de pouvoirs d'ores et déjà acquis et permet à la minorité de participer à la « définition de la normativité juridique » ou « le droit partiel de dire le droit » dans certains champs de compétence exclusifs ou partagés avec la majorité (*ibid.* : 12). Selon Noreau et Vallet,

[u]n tel recours est d'ordre symbolique dans la mesure où il constitue chaque fois une réaffirmation des droits collectifs minoritaires et d'une consécration du groupe par l'exercice qu'il fait de ses pouvoirs politiques. Il est cependant instrumental dans la mesure où cette mobilisation du droit répond à des besoins concrets et spécifiques de la minorité (*ibid.* : 13).

La troisième modalité s'apparente à la judiciarisation, ou au « recours aux tribunaux en vue de la confirmation judiciaire de droits qu'on croyait acquis, mais dont l'exercice est politiquement ou matériellement compromis par la majorité. [...] Le conflit est alors souvent conduit en référence au droit constitutionnel » (*ibid.* : 14-15). Cette dernière modalité de mobilisation du droit révèle la fragilité du groupe minoritaire, puisque ce dernier, ayant épuisé ses ressources politiques, s'en remet à des instances judiciaires. Par ailleurs, pour Noreau et Vallet, le recours aux tribunaux par la minorité conduit à un constat qui pourrait se révéler pernicieux à long terme : celui de « l'institutionnalisation inévitable de la mobilisation minoritaire et sa traduction entière dans les catégories du droit » (*ibid.* : 15). Autrement dit, la judiciarisation entraîne les groupes minoritaires à régler les conflits avec la majorité par le juridique plutôt que par la politique. Ce faisant, il devient paradoxal de voir ces minorités légitimer l'ordre juridique dominant.

Or, quelle reconnaissance les minorités obtiennent-elles lorsqu'elles se présentent devant les tribunaux? Si elles contribuent à la légitimité de l'ordre dominant, qu'en est-il de leur influence sur les énoncés des juges? Lajoie, dans ses études sur le rapport des minorités politiques et sociales au droit, cherche à départager les valeurs imposées dans le discours juridique par les juges des valeurs que tentent d'y faire reconnaître les minorités se présentant devant les tribunaux. Elle postule que les valeurs dominantes d'une société donnée ont habituellement tendance à orienter le droit et les décisions des tribunaux à plus précisément parler (voir aussi Chevrier, 2000). Lorsque les valeurs collectives de la majorité sont remises en

question par certaines minorités devant les tribunaux, les juges tentent de répondre à ces minorités tout en étant attentifs aux attentes d'un auditoire dit « majoritaire » (Lajoie, 1997 : 89). Selon Lajoie, la « surdétermination des valeurs dominantes se fait sentir jusque dans les limites où elle circonscrit l'influence [...] de celle des minorités » (Lajoie, 2002 : 18). Autrement dit, les minorités n'ont d'influence sur le droit que de façon limitée, tant que les valeurs qu'elles revendiquent n'entrent pas en conflit direct avec les valeurs majoritaires ou dominantes. Malgré cette surdétermination, les minorités politiques ont pu obtenir une certaine reconnaissance de la part des tribunaux (*ibid.* : 188). Selon Lajoie, il arrivait parfois « que des valeurs non dominantes soient entérinées dans le droit » (*ibid.* : 15), mais que ces valeurs fussent reconnues pour autant qu'elles coïncideraient en partie avec certaines valeurs dominantes, portées par la majorité (*ibid.* : 30).

Les démocraties libérales ont toutefois cherché à pallier la faiblesse de la voix des minorités par certains mécanismes contre-majoritaires, dont l'adoption de chartes des droits. Comme le soulignent Noreau et Vallet (2004 : 2), « [l]e recours aux normes établies par les chartes a ainsi pu servir de point d'appui à la revendication collective de droits ». Elles permettent la reconnaissance des droits des minorités en tant qu'individus, mais aussi en tant que collectivités. Le droit a le potentiel de devenir, notamment par l'entremise de ces chartes, une ressource politique et discursive importante pour les minorités. Les minorités peuvent faire différents usages de cette ressource, mobilisant le droit soit afin de revendiquer de nouveaux droits, d'exercer des droits déjà acquis, ou de confirmer certains droits déjà acquis (*ibid.* : 10). Tant Noreau et Vallet que Lajoie reconnaissent que « l'ordre juridique [n'est pas] totalement soumis au contrôle de la majorité » (*ibid.* : 2) lors de conflits entre majorité et minorité.

La Charte canadienne des droits et libertés et la judiciarisation de la politique canadienne

Pour quiconque s'intéresse au rapport entre le droit et la politique au Canada, l'année 1982 représente sans conteste une période charnière. Cette année-là, le gouvernement canadien rapatriait la Constitution canadienne de Westminster et y enchâssait la *Charte canadienne des droits et libertés*. La modification constitutionnelle du Canada s'inscrivait alors dans le cadre d'« un phénomène mondial » (Bastarache, 2007b) répandu à l'époque. Plusieurs pays légiféraient afin d'inscrire, dans leur constitution, les principes découlant de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme des Nations Unies*, notamment la protection des minorités, en réponse aux

atrocités infligées à certains groupes durant la Deuxième Guerre mondiale (Howe et Russell, 2001 : x). Alors que ces développements en matière de droits des minorités ont pris la forme de droits individuels, à partir des années 1990, les droits collectifs ont commencé à prendre plus d'importance, notamment en Europe (Pentassuglia, 2009 : 188-189).

L'adoption de la *Charte* représente la dernière étape d'un long et important processus de transmutation du rapport entre le judiciaire et le législatif au Canada, où les juges se sont vus octroyés un plus grand pouvoir (*ibid.*). Ce phénomène n'a pas manqué de susciter des réactions tant chez les juristes que chez les politologues. Parmi les plus connus, notons Morton et Knopff (2000), qui ont soutenu que les juges avaient usurpé le pouvoir des législateurs, mettant la démocratie canadienne en danger. Pour leur part, Roach (2001), Smith (2005) et plusieurs autres ont vu dans ce phénomène un contrepoids nécessaire aux élans majoritaires des législateurs. D'autres encore ont souligné qu'il existait un « dialogue » entre les deux branches du gouvernement, comme Hogg et Bushell (1997). Finalement, Cardinal (2015) a soutenu que dans le domaine des droits linguistiques, les nouveaux pouvoirs d'énonciation des normes octroyés aux juges sont contraints par certaines traditions étatiques du Canada, nuançant ainsi l'idée selon laquelle les juges pouvaient interpréter les droits linguistiques de façon complètement détachée du régime linguistique canadien.

Hormis les conséquences politiques de l'adoption de la *Charte*, cette dernière a eu des répercussions importantes sur la société canadienne, en donnant lieu à ce que Bastarache appelle la « culture des droits » (Bastarache, 2007a : 309). Cette nouvelle culture des droits a conduit certains groupes minoritaires visés par la *Charte* – femmes, minorités visibles, personnes avec un handicap, etc. – à utiliser la voie judiciaire afin de faire entendre leurs revendications. Ces minorités dites « sociales » (Lajoie, 2002 : 34; Smith, 2005), mais aussi d'autres groupes victimes d'injustices ou de discriminations, comme les minorités de langue officielle, se sont graduellement tournées vers les tribunaux, à la lumière des nouvelles protections qui leur étaient octroyées par la *Charte*. Or, alors que maintes recherches sur la mobilisation juridico-constitutionnelle de ces groupes, que Cairns (1992) aura appelés « les citoyens de la *Charte* »², étudient comment les tribunaux ont répondu aux doléances de ces groupes, les communautés francophones en situation minoritaire brillent par leur absence dans cette littérature. La thèse veut

² Traduction libre (Cairns utilise l'expression « *Charter Canadians* »).

contribuer à combler cette lacune dans les recherches existantes³ et ainsi, voir l'apport de la jurisprudence au débat sur l'autonomie des francophones hors Québec.

La Charte, les droits linguistiques et l'autonomie des francophones hors Québec

La question des droits linguistiques est source de contentieux depuis l'époque des débats fondateurs du Canada (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 : au para. 38). C'est pour cette raison qu'ils ont été retirés de l'arène politique, par leur inclusion dans la *Charte* (Kelly, 2005 : 94). Certes, les dispositions relatives aux langues officielles du Canada incorporées aux articles 16 à 23 de la *Charte*, visant à instaurer le bilinguisme institutionnel d'un océan à l'autre et à constitutionnaliser le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité, avaient comme objectif premier de combattre le nationalisme québécois en renforçant l'unité nationale du pays (Russell, 1983 : 31). Toutefois, les francophones vivant dans les différentes provinces du « reste du Canada » ont aussi saisi l'occasion de faire entendre leurs doléances dans une nouvelle arène de pouvoir (Normand, 2013). Cette nouvelle « fenêtre d'opportunité politique » s'est présentée à un moment où la mobilisation politique des FHQ commençait à s'essouffler (Doucet, 1995 ; Foucher, 2000). Dans ce contexte, comme l'explique Foucher, « les communautés francophones et acadienne du Canada, forcées d'investir les tribunaux, y ont proposé une vision des droits linguistiques conforme à leurs aspirations » (Foucher, 2008a : 463). Au cœur de leurs préoccupations, on retrouve l'idée d'une plus grande reconnaissance de leur autonomie. À l'époque, les acteurs communautaires utilisent le vocable de « développement global » (Normand, 2012 : 13) pour connoter leur désir de « mieux contrôler leur situation actuelle et future en visant [leur] épanouissement individuel et collectif » (FFHQ, dans : Normand, 2012 : 41). Ce pouvoir politique devait passer, notamment, par la possession et la gestion d'un réseau d'institutions permettant à la communauté de répondre à ses propres besoins, assorties d'un pouvoir de participation aux processus de décisions politiques (Normand, 2012). Les questions qui se posent dès lors que les FHQ prennent la voie des tribunaux est la suivante : comment les juges ont-ils répondu aux revendications d'autonomie des FHQ? Quelle *norme* d'autonomie pouvons-nous extraire de la jurisprudence de droit linguistique afin de faire avancer leur visée autonomiste?

³ À cet égard, nous notons que les travaux de Behiels (2004) dans le domaine scolaire constituent une exception.

Afin de répondre à cette question de recherche, la thèse propose l'hypothèse selon laquelle les juges, et en particulier ceux de la Cour suprême, ont, par moments, fait avancer les droits linguistiques des FHQ dans le sens d'une plus grande autonomie, mais que ces avancées ont aussi été limitées par le contexte institutionnel encadrant leur interprétation de ces dispositions linguistiques. Les traditions étatiques, soit la tradition du compromis politique et la tradition du fédéralisme, constituent ce contexte. Selon Cardinal (2015), il existe une dépendance au sentier du régime linguistique canadien sur les traditions du compromis politique et du fédéralisme. Ces traditions sont au cœur du pacte fédératif canadien. La tradition du fédéralisme est une tradition institutionnelle au Canada qui régit, entre autres, le partage des compétences entre deux ordres de gouvernement, notamment en matière linguistique et culturelle, comme l'explique Foucher (2008b : 275). La tradition du compromis politique, pour sa part, est selon Cardinal à la base même du pacte confédératif : un compromis à la fois entre provinces fondatrices et entre peuples fondateurs (Cardinal, 2015 : 36). Ces deux traditions constituent une trajectoire institutionnelle qui contraint l'action gouvernementale dans le domaine de la langue au Canada. Nous reprenons cette idée de Cardinal pour montrer comment elle peut aussi constituer une grille de lecture importante pour comprendre les avancées de la jurisprudence dans le domaine des droits linguistiques des FHQ. Foucher (2008; 2012), pour sa part, étudie la jurisprudence de droit linguistique afin de démontrer ses avancées et ses reculs, dans une perspective constitutionnaliste. En combinant les travaux de Cardinal sur les traditions étatiques et les régimes linguistiques avec ceux de Foucher, nous allons montrer comment la jurisprudence comprend des enseignements importants pour comprendre la question de l'autonomie des FHQ.

Nous tenterons de répondre à ces questions grâce à une analyse chronologique des arrêts de la Cour suprême en matière de droit linguistique, ainsi que d'arrêts provenant de tribunaux inférieurs ayant fait jurisprudence dans ce domaine, depuis l'adoption de la *Charte*. De façon exceptionnelle, nous étudierons aussi quelques décisions devançant la *Charte* de quelques années. Notre analyse de la jurisprudence prendra également appui sur les outils de l'herméneutique gadamérienne. Grâce à ces outils, nous pourrions mettre en lumière le contenu littéral du discours jurisprudentiel des juges, sa cohérence interne et leurs principes qui le guident. Nous arrimerons ces résultats d'analyse à une approche théorique puisant dans le néo-institutionnalisme historique et dans les travaux de Jenson (1989; 2013) sur la question des représentations et la notion de paradigme. Cette approche jettera un éclairage particulier sur les

traditions étatiques et comment elles guident les représentations que se font les juges des droits linguistiques. Nous postulons que ces représentations, véhiculées dans la jurisprudence, ont limité la possibilité pour les juges d'énoncer une norme d'autonomie pour les FHQ. Grâce à une recherche portant sur la longue durée, nous pourrions voir comment les traditions étatiques ont produit des effets de dépendance au sentier inscrivant l'interprétation des droits linguistiques dans la continuité avec les traditions étatiques du compromis politique et du fédéralisme. En revanche, les juges ont aussi pu se distancier ou effectuer un travail de redéfinition de ces traditions étatiques dans la jurisprudence lors de points tournants. En identifiant ces points tournants ou moments critiques au sein de la jurisprudence, nous verrons comment leurs interprétations font avancer de façon graduelle les droits linguistiques dans le sens d'une plus grande autonomie pour les FHQ. Ainsi, à la suite de Cardinal (2015), nous montrerons comment la jurisprudence dans le domaine des droits linguistiques constitue, depuis 1982, une dimension importante du régime linguistique canadien.

Plan de la thèse

La thèse est divisée en six chapitres. Le premier chapitre comporte notre revue des écrits dans le domaine des droits des minorités. Il explore le débat sur les minorités au sein du droit international et de la théorie politique. Il présente la situation ambiguë des minorités linguistiques, tant dans le régime international de droit des minorités que dans le cadre de la pensée politique. Nous verrons qu'au Canada, l'idée d'un droit à l'autonomie est considérée par plusieurs comme le meilleur type de protection possible pour les minorités linguistiques. Nous présenterons les particularités de l'autonomie telle qu'elle a été présentée dans le discours des FHQ, notamment dans le cadre des revendications visant le « développement global » des communautés francophones. Finalement, nous nous pencherons sur l'enjeu de la réponse des juges aux demandes d'autonomie de cette minorité depuis l'adoption de la *Charte*, à la lumière de la mobilisation judiciaire accrue des FHQ.

Notre revue de la littérature complétée, le chapitre 2 portera sur notre cadre théorique et sur la méthodologie. Après un tour d'horizon des approches théoriques mobilisées dans le champ des études sur la judiciarisation de la politique au Canada, nous expliquerons comment l'approche historico-institutionnelle, en complément à une approche personnelle pour analyser les décisions des juges, est la plus apte à nous permettre de répondre à nos questions de recherche. Nous expliquerons l'utilisation que nous comptons faire des outils de cette approche théorique,

notamment les concepts de dépendance au sentier et de jonction critique, afin de mettre en lumière l'évolution de la jurisprudence et de signaler les éléments favorables à l'autonomie des FHQ. Nous expliquerons ensuite pourquoi nous avons choisi l'herméneutique gadamérienne comme outil méthodologique pour analyser cette jurisprudence, notamment afin d'y extraire les principes guidant l'interprétation des juges des droits linguistiques. Finalement, nous démontrerons comment nous comptons arrimer ces résultats d'analyse avec l'institutionnalisme historique pour démontrer que les traditions étatiques ont constitué un contexte particulier encadrant la possibilité pour les juges d'interpréter les droits linguistiques dans le sens d'une plus grande autonomie pour les FHQ.

Les trois chapitres qui suivront comprendront nos résultats de recherche, organisés de façon à identifier des périodes de « dépendance au sentier » et les « jonctions critiques » dans la jurisprudence de droit linguistique étudiée. Chaque chapitre fait l'étude des arrêts importants de la période donnée au regard des droits linguistiques, du type d'interprétation mis de l'avant par les juges, et de la possibilité pour ces derniers d'énoncer une norme d'autonomie pour les FHQ. Cette jurisprudence est constituée de plus de trente arrêts provenant en grande majorité de la Cour suprême, mais aussi de la Cour fédérale et de la Cour d'appel de l'Ontario.

Ainsi, le chapitre 3 propose un survol des décisions de droit linguistique antérieures à l'adoption de la *Charte*, agissant comme premières balises jurisprudentielles pour les juges, pour ensuite se pencher sur la jurisprudence de la période allant de 1982 à 1988. Durant cette période, les FHQ, constatant que leurs revendications d'autonomie dans le cadre des négociations constitutionnelles n'avaient pas eu les résultats escomptés, se tournent vers les juges afin d'obtenir une clarification des nouvelles dispositions linguistiques de la *Charte*. Leurs revendications touchent trois domaines : le domaine scolaire, le domaine législatif, et le domaine judiciaire. Ils connaîtront des gains non négligeables, mais qui ne répondront pas complètement à leurs aspirations d'autonomie, tant en matière scolaire que dans le domaine du bilinguisme législatif. En revanche, en matière de bilinguisme judiciaire, ils essuieront un net recul. Pendant cette période, les juges démontreront dans la jurisprudence deux représentations discordantes des droits linguistiques. Ils jetteront les bases d'une doctrine à l'égard des droits linguistiques dont les effets sur la possibilité d'énonciation d'une norme d'autonomie pour les FHQ seront mitigés.

Le chapitre 4, pour sa part, porte sur les années 1990 à 2000, période présidant à maintes tractations politiques et négociations constitutionnelles où les FHQ ont tenté d'obtenir une

reconnaissance explicite de leur droit à une plus grande autonomie. Ces derniers ont toutefois continué de se tourner vers l'arène judiciaire lorsque la voie politique traditionnelle leur semblait bloquée, notamment au lendemain de l'échec des Accords du lac Meech et de Charlottetown. En outre, dans les jugements qu'ils ont rendus, les juges ont nuancé leur approche aux droits linguistiques par rapport à la période précédente, mais ils ont aussi pris un tournant plus dynamique, à la fois dans le domaine scolaire et dans le domaine judiciaire. Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* de 1998 agit, dans ce contexte, comme un point tournant important, dans le cadre duquel les juges ont, entre autres, énoncé que la protection des minorités constitue un principe constitutionnel non écrit au Canada, offrant aux FHQ un nouvel outil juridique de taille. Les juges de la Cour suprême ont ensuite poursuivi le travail d'interprétation des droits linguistiques afin de permettre l'avancement de ces droits et de mettre en place une doctrine d'interprétation libérale et généreuse des droits linguistiques. Nous observons ainsi un changement de paradigme à l'égard de leur représentation des droits linguistiques. Conséquemment, ils ont potentiellement étendu la portée de la norme d'autonomie octroyée aux FHQ, dans les domaines scolaire et judiciaire.

Finalement, nous étudions les décisions rendues entre 2001 et 2012 dans le cadre du chapitre 5. Les questions d'interprétation générale des dispositions de la *Charte* étant désormais réglées, les juges sont appelés à affiner leur interprétation des droits linguistiques et à l'appliquer à une série de nouveaux domaines de contentieux en plus du domaine scolaire, où les enjeux présentés aux juges deviennent de plus en plus pointus. L'interprétation que les juges effectuent des droits linguistiques dans ces décisions se présente généralement dans un esprit de continuité avec les développements observés dans le cours de la dernière décennie. Toutefois, la jurisprudence montre aussi à voir les limites de la possibilité d'énoncer une norme d'autonomie dans certains domaines de revendication des FHQ, notamment en santé et dans le domaine du développement économique.

En conclusion de la thèse, nous proposerons une analyse de nos résultats. En premier lieu, nous verrons comment les traditions étatiques et les principes d'interprétation guidant la représentation des juges des droits linguistiques permettent de systématiser les moments de jonction critique et de dépendance au sentier dans l'avancement des droits linguistiques. Cette analyse longitudinale portant sur la période de 1982 à 2012 fait apparaître l'incidence du contexte institutionnel sur l'interprétation des droits linguistiques par les juges. Ces derniers ont

graduellement révisé les principes et les traditions étatiques sur lesquels repose leur interprétation et ont proposé de nouvelles représentations des droits linguistiques, que nous avons regroupées en quatre « paradigmes ». Cette analyse nous permettra, en deuxième lieu, de préciser comment la jurisprudence constitue une base utile pour penser la question de l'autonomie des FHQ.

En somme, en plus de chercher à éclairer la norme d'autonomie énoncée par les juges pour les FHQ dans la jurisprudence de droit linguistique, cette thèse voudra mettre en lumière l'importance des traditions étatiques dans la représentation des juges des droits linguistiques, en démontrant leurs effets de dépendance au sentier et les jonctions critiques sur l'interprétation des juges. Ce faisant, nous montrerons que l'activisme judiciaire, dans le domaine des droits linguistiques au Canada, demeure soumis à des contraintes institutionnelles, dans la foulée des travaux de Cardinal (2015). La thèse veut ainsi contribuer à mettre en dialogue la science politique et le droit en vue de faire avancer le débat sur l'autonomie des FHQ.

Chapitre 1

Les droits des minorités linguistiques et le droit à l'autonomie

Ce premier chapitre aura pour objectif de situer les francophones hors Québec (FHQ) dans les débats sur les droits des minorités, et étudier, notamment, la question des registres de droits auxquels les différents types de minorités peuvent aspirer. À partir de la théorie politique et du droit international et canadien, nous chercherons à voir comment les chercheurs pensent la question du droit à l'autonomie pour les minorités linguistiques. Nous amorcerons ce premier chapitre en réalisant un état des lieux des débats sur les droits des minorités linguistiques, tant dans le domaine international que dans le contexte plus précis du droit canadien. Nous verrons que tant en théorie politique que dans le débat sur les droits des minorités linguistiques, la définition de ce qui constitue une minorité demeure floue, tout comme le type de reconnaissance et de protection auquel ces minorités ont ou peuvent avoir droit. Nous constatons la propension des chercheurs, en particulier dans la tradition libérale, à reconnaître deux types de minorités, soit les minorités nationales et les minorités ethniques, et à octroyer à ces deux groupes un registre de droits différent, soit le droit à l'autodétermination pour les premières et le droit à la non-discrimination pour les secondes (Kymlicka, 1995). Dans ce contexte, les minorités linguistiques posent un défi à la théorie politique, car elles échappent à cette dichotomie (Poirier, 2008; Cardinal et González Hidalgo, 2012). Nous examinerons ce que pourrait comprendre un droit à l'autonomie pour ces minorités à la lumière des différentes définitions de l'autonomie, que nous avons regroupées dans deux grandes familles : l'autonomie territoriale et l'autonomie personnelle/non-territoriale. Nous verrons aussi comment le débat sur l'autonomie a pris forme au Canada en tentant d'y situer la question de l'autonomie des FHQ. Entre autres, nous constatons que le contexte de la judiciarisation de la question linguistique depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'avère très important pour comprendre le débat sur l'autonomie des FHQ.

Qu'est-ce qu'une minorité?

Il existe dans le monde un nombre encore inconnu de groupes dont les caractéristiques aux plans culturel, religieux, linguistique, ou même physique diffèrent (Roy, 2006 : 1). Certains d'entre eux ont hérité du pouvoir de gestion d'un État-nation. Certains d'entre eux se sont vus partager ce pouvoir avec un, ou plusieurs, autres groupes. D'autres encore se retrouvent dispersés sur

plusieurs États, contigus ou non. Ces différentes situations se traduisent, dans tous les cas, par une relation dynamique entre les groupes s'avoisinant sur un territoire donné et partageant parfois un certain pouvoir politique sur ce territoire. Il arrive toutefois assez régulièrement que ce pouvoir politique soit partagé de façon disproportionnée. Comme l'explique Roy, « [s]i on peut conclure à une inégalité entre les peuples formant les États sur l'échiquier mondial, on peut également percevoir des inégalités à l'intérieur même des États entre les différents groupes qui les composent » (*ibid.*).

Les groupes se retrouvant en situation de faiblesse au sein de ce rapport à l'autre, ou aux autres, sont ce qu'on appelle habituellement des « minorités ». Ce rapport dynamique et souvent conflictuel avec leurs majorités, ainsi qu'un désir de préserver les différences qui les distinguent des autres groupes, sont à peu près les seules caractéristiques communes à toutes les minorités, tant leurs situations sont diverses. En effet, ces minorités ont des demandes différentes, notamment en termes de reconnaissance et de protection. Règle générale, comme le souligne un rapport des Nations Unies, « *minorities have traditionally highlighted their rights to have their existence as a group protected, their identity recognized and their effective participation in public life and respect for their cultural, religious and linguistic pluralism safeguarded* » (Nations Unies, 2010 : 4).

La tâche de définir ce qu'est une minorité, ou du moins une liste finie d'éléments que l'on peut retrouver chez toutes les minorités, ainsi que le type de droits dont ces dernières peuvent bénéficier, est des plus complexes. Tenter d'élaborer une définition d'une minorité en revient à délimiter les caractéristiques des groupes qui seront reconnus et protégés par les pouvoirs politiques et leurs cadres juridiques respectifs. Dans le cadre des sciences sociales et du droit, comme l'indique Lajoie (2002), on se contente encore aujourd'hui d'une réponse floue, voire incomplète. Selon Lajoie, la désignation de « minorité » est souvent utilisée pour définir les

groupes identifiables par des caractéristiques dont la prise en compte est prohibée dans un contexte discriminatoire : d'abord l'origine ethnique, la religion, la langue; puis, plus récemment dans certains contextes, par extension avec la liste de ces prohibitions, le genre, l'orientation sexuelle, etc. (Lajoie, 2002 : 20).

Lajoie appellera les groupes appartenant à ces premiers critères, des minorités « politiques », et les groupes appartenant aux seconds, des minorités « sociales ». Jacques Vanderlinden, pour sa part, préfère définir une minorité par son rapport au cadre juridique d'une société donnée :

« Personnes acceptant de faire partie d'une société mais estimant devoir échapper, en raison de leur appartenance à une autre société, à une partie du droit que la première entend leur imposer » (Vanderlinden, dans : Lajoie, 2002 : 21). La communauté internationale, de son côté, n'a pas de définition officielle de ce en quoi consiste une minorité, car « *the existence of a minority is a question of fact and [...] any definition must include both objective factors (such as the existence of a shared ethnicity, language or religion) and subjective factors (including that individuals must identify themselves as members of a minority)* » (Nations Unies, 2010 : 2). La présence de facteurs objectifs et subjectifs déterminant l'appartenance ou non à une minorité rend difficile l'adoption d'une définition fonctionnelle pour la communauté internationale. Par ailleurs, la situation économique et géographique de chaque minorité, ainsi que ses ambitions politiques, viennent ajouter à la complexité des rapports qu'elle entretient avec sa majorité. Finalement, comme l'indique Lajoie (2002 : 22), les États, « acteurs dominants » dans le contexte international ont un intérêt à définir de la façon la moins large possible ce qui définit une minorité. Roy souligne aussi que « les principes de souveraineté et d'intégrité territoriale, qui doivent certes prévaloir, continuent d'être utilisés, à tort et à travers, pour refuser certains droits à des groupes qui devraient pourtant pouvoir en bénéficier sans nécessairement remettre en cause ces principes » (Roy, 2006 : 7-8).

Malgré ces difficultés au plan définitionnel, l'ONU a créé, en 1948, une *Sous-commission chargée de la protection des minorités*, affiliée à la *Commission des droits de l'homme* (*ibid.*). Toutefois, ce n'est qu'en 1977 que Francesco Capotorti, le Rapporteur spécial à la *Sous-commission des Nations Unies sur la prévention de la discrimination et la protection des minorités*, énonce une première définition d'une « minorité » :

Un groupe numériquement inférieur au reste de la population d'un État, possédant, du point de vue ethnique, religieux ou linguistique, des caractéristiques qui diffèrent de celles du reste de la population et manifestant, de façon même implicite, un sentiment de solidarité, à l'effet de préserver leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue (Lajoie, 2002 : 23; Nations Unies, 2010 : 2).

Cette spécification a essuyé quelques critiques : la question de la « nationalité » des minorités et leur caractéristique numérique, notamment, ont été remises en question par l'ONU même. Par exemple, un groupe majoritaire en nombre, mais tout de même opprimé par une minorité dominante, comme la population noire en Afrique du Sud durant la période de l'apartheid, se retrouve dans une position semblable à celle d'une minorité, mais n'est pas reconnu par la

définition de Capotorti (Nations Unies, 2010 : 2). Malgré ces insuffisances, cette définition a quand même fait école (Grammond, 2009 : 10). Comme l'explique Pierre Foucher (2010-2011 : 49), la jurisprudence internationale, ayant « horreur du vide », s'est référée à plusieurs reprises à sa définition. Cette dernière a d'ailleurs inspiré les définitions des deux autres études suivant celle de Capotorti commandées par la sous-commission, soit celle du juge Deschênes en 1984 et celle de Martínez Cobo en 1986. Le juge Deschênes a révisé la définition selon les deux critiques énoncées ci-haut, « remplaçant 'numériquement inférieur' par 'minorité numérique' et 'ressortissants d'un État' par 'citoyens' » (cité dans : Lajoie, 2002 : 23), dans une tentative de clarifier (en vain, selon Lajoie) certains passages plus problématiques de la définition originale de 1977. Martínez Cobo, pour sa part, a élaboré une définition des Autochtones dans son *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones* (Morin, 1992 : 498). Cette étude propose la définition suivante des populations autochtones :

Par communautés, populations et nations autochtones, il faut entendre celles qui, liées par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés précoloniales qui se sont développées sur leurs territoires, se jugent distinctes des autres éléments des sociétés qui dominent à présent sur leurs territoires ou parties de ces territoires. Ce sont à présent des éléments non dominants de la société et elles sont déterminées à conserver, développer et transmettre aux générations futures les territoires de leurs ancêtres et leur identité ethnique qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuple, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques (cité dans : Morin, 1992 : 500).

Cette définition reposait sur certains éléments de la définition originale de Capotorti, mais rajoutait la dimension de l'antériorité territoriale d'un peuple à la colonisation par un autre peuple (Roy, 2006 : 26).

Somme toute, selon Lajoie, le droit international s'arrête à une reconnaissance des minorités qu'elle appelle « politiques », cette définition n'englobant pas les caractéristiques des minorités sociales (comme les femmes, les personnes avec des handicaps, ou les LGBT). Par ailleurs, en droit comme en sciences sociales, les définitions répertoriées démontrent bien la « polysémie du concept, qui oscille entre un pôle objectif et un pôle subjectif, et dont le sens doit être précisé en fonction des finalités du discours où ils s'inscrivent » (Lajoie, 2002 : 24). L'une de ces finalités est, sans contredit, la protection des minorités dans leur cadre politique propre.

La protection des minorités

Selon Roy (2006), les États, et la communauté internationale plus largement, ont plusieurs raisons de protéger les minorités. D'une part, il est dans leur intérêt d'éviter les conflits internes. Or, les inégalités découlant du poids numérique des minorités et de leurs différences culturelles, sociales et économiques sont souvent la source de la grogne que l'on retrouve dans les États (Roy, 2006 : 3). Le juriste Fernand de Varennes estime qu'au moins 70 % des conflits ayant eu lieu dans le monde au cours des 60 dernières années étaient des conflits à dimension ethnique, dont les causes peuvent être attribuées à la discrimination de la part de l'État (de Varennes, 2013 : 2). D'autre part, la richesse culturelle qu'apporte la présence de minorités au sein d'un État serait un bien à préserver, non seulement pour leur existence en tant que telle, mais parce qu'elle peut être utile à tous les membres d'un État, voire de la planète entière (*ibid.* : 5). Ladite communauté internationale semble toutefois éviter autant que possible l'adoption de droits collectifs pour ces minorités, préférant s'en tenir aux droits individuels (Foucher, 2010-2011 : 51; Roy, 2006 : 7). La difficulté de la communauté internationale à s'entendre sur une définition commune du concept de minorité (Foucher, 2010-2011 : 49) et le désir d'éviter les demandes sécessionnistes seraient les raisons majeures de cette propension à éviter la reconnaissance de droits collectifs pour les minorités.

Bien que le phénomène des minorités soit apparu de façon concomitante à la création du système étatique international, ayant émergé aux ^eXII et ^eXIX siècles, les premières prises de position de la communauté internationale en faveur de la protection de ces minorités n'eurent lieu que beaucoup plus tard, dans le cadre de la Ligue des Nations. C'est entre les deux Grandes guerres, par le moyen de « traités sur les minorités » (Nations Unies, 2010 : 1) suivant la signature du Traité de Versailles (Laponce, cité dans : Lajoie, 2002 : 20) que certaines minorités nationales reçurent une protection – du moins sur papier – suite à la révision de la carte géopolitique européenne. Toutefois, ces protections étaient campées dans le langage des droits individuels, et n'étaient que très partielles. Selon Lapidoth (1997 : 11), à la fin de la Deuxième Guerre mondiale, trois problèmes à l'égard de la mise en œuvre des droits des minorités ont été mis en lumière. Premièrement, la communauté internationale croyait que le langage des droits de l'Homme, notamment le droit à la non-discrimination, allait régler la plupart des problèmes reliés aux minorités. Deuxièmement, avec la nouvelle carte européenne, dessinée à la fin de la Seconde Guerre mondiale, certaines minorités vouaient une loyauté à un pays autre que leur pays de

résidence. Finalement, plusieurs minorités ayant effectivement été déplacées dans leur pays d'affiliation ethnique, « le problème des minorités » était compris comme étant chose du passé.

Or, ce « problème » était loin d'être réglé. L'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, adopté en 1966, a offert une protection, dans un premier temps, aux minorités ne pouvant s'inscrire sous la protection offerte par les droits de l'Homme ou le principe d'autodétermination des peuples. Cette protection était limitée aux individus appartenant à des minorités, la communauté internationale refusant d'appliquer ces droits à des groupes. Comme l'explique Grammond : « *when applying to groups other than indigenous peoples, article 27 has been interpreted as providing only for a very limited bundle of rights, excluding any form of group autonomy* » (Grammond, 2009 : 37).

Les années 1990 ont apporté leur lot de questions au sujet de la protection des minorités suite à l'effondrement de l'URSS et à la résurgence du nationalisme ethnique, notamment dans la région des Balkans. En 1995, le Conseil de l'Europe a adopté la *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*. L'application de cette convention porte à confusion. Selon Grammond, « *[w]hile its article 3 suggests that membership in a minority is an individual choice, its explanatory memorandum states that the 'individual's subjective choice is inseparably linked to objective criteria relevant to the person's identity'* » (Grammond, 2009 : 38). Or, nulle part n'est-il expliqué ce que ces critères objectifs sont ou quel organisme a la responsabilité de les définir. La communauté internationale a, pour sa part, entériné en 1992 une déclaration officielle protégeant les minorités en tant qu'entités collectives, de façon globale et explicite (Nations Unies, 2010 : 2). La *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques* stipule que les États signataires « protègent l'existence et l'identité nationale ou ethnique, culturelle, religieuse ou linguistique des minorités, sur leurs territoires respectifs, et favorisent l'instauration des conditions propres à promouvoir cette identité » (Article premier). Cette *Déclaration* énonce aussi le droit des individus appartenant à ces minorités à la non-discrimination, leur droit d'association (Article 2), et garantit leurs libertés fondamentales (Articles 3 et 4). Toutefois, aucun droit collectif n'y est énoncé (Grammond, 2009 : 37-38). Plus tard, en 2001, la *Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle* est venue renforcer le devoir de protection des minorités des États, en faisant de la diversité culturelle un « patrimoine commun de l'humanité » (UNESCO, 2001 : en ligne).

Cette protection provenant du droit international ne garantit en rien qu'elle sera respectée et suivie par les États en charge de sa mise en œuvre. Il apparaît difficile de mettre en œuvre les protections accordées par le droit international pour l'instant, alors que celui-ci agit surtout en tant que « *soft law* » et que les États n'ont pas tous adhéré aux accords sur les droits des minorités (Kymlicka, 2012 : 253). D'ailleurs, les États ont répondu de façons inégales, et souvent de façon inadéquate, à leurs devoirs visant la protection de minorités. D'indiquer Roy, ils « s'en sont tenus trop souvent à une politique d'assimilation et de non-intervention et lorsqu'ils ont mis en place des mesures de protection, ils ne les ont bien souvent pas accompagnées de mesures de participation » (Roy, 2006 : 9), avec comme résultat l'aliénation des minorités. Finalement, comme nous l'avons vu, il existe une multitude de situations et de demandes provenant de la part de groupes minoritaires. Il en découle qu'une solution uniforme appliquée à toutes les minorités ne serait ni souhaitable, ni possible, pour répondre à leurs différentes revendications. Afin de résoudre ce problème, certains chercheurs se sont résolus à classifier les minorités en plusieurs sous-groupes et à leur octroyer, respectivement, différents types de droits.

Quels droits, pour quelles minorités?

Au sein de la littérature sur les droits des minorités s'affrontent trois traditions philosophiques : libérale, communautarienne, et républicaine. Ces traditions partent de postulats différents sur la justice et la « vie bonne » (Schwartz, cité dans : Schneiderman, 1989 : 27; voir aussi Kymlicka, 1996 : 80), et sur la valeur de la culture au sein d'une société donnée. En conséquence, on observe des divergences dans la vision de la forme et de l'étendue possibles des droits à octroyer à différents types de minorités entre ces trois traditions.

La tradition libérale

Will Kymlicka fait partie des penseurs les plus connus sur la question des droits des minorités au sein de la tradition libérale. Kymlicka a été l'un des premiers à réfléchir à la façon d'opérationnaliser la théorie de la justice de John Rawls (1971) dans le cadre de sociétés contemporaines marquées par la diversité culturelle et religieuse (Kymlicka, 1996 : 81) – soit les sociétés « multiculturelles ». Ce faisant, il a aussi répondu à l'une des plus grandes critiques faites à la pensée libérale par les communautariens, soit celle d'oublier que la culture est un fait social et non individuel (Léger, 2011). Chez Kymlicka, la représentation de la « vie bonne » repose sur la définition que lui donnent les individus : chacun peut avoir sa propre conception de

la vie bonne et vivre sa vie en vertu de cette conception (van Leeuwen, 2006 : 403). Chacun doit aussi avoir la liberté de changer d'opinion sur ce en quoi constitue la vie bonne et de réévaluer ses choix personnels : c'est ce que van Leeuwen appelle « l'autonomie personnelle » (*ibid.*), qu'il considère comme étant le fondement moral de la théorie de Kymlicka.

Selon Kymlicka, la conception que les individus ont de la vie bonne est façonnée par leur appartenance à une culture : « *Cultural membership [...] is a good in its capacity of providing meaningful options for us, and aiding our ability to judge for ourselves the value of our life-plans* » (Kymlicka, cité dans : Léger, 2011 : 57). Pour Kymlicka, les cultures doivent donc être protégées parce qu'elles constituent un « contexte de choix » des conceptions de la vie bonne que peuvent adopter un individu. Ce n'est donc pas la valeur des cultures en soi qui est privilégiée dans son approche, mais bien la signification qu'elles ont pour les individus – une posture qui lui vaudra la critique d'instrumentaliser la culture dans son schéma théorique (van Leeuwen, 2006 : 415). C'est pourquoi il propose, en plus de l'adoption des droits humains fondamentaux, d'adopter des droits pour les minorités. Les écrits de Kymlicka, ainsi que la plupart des écrits récents de théorie libérale des droits des minorités à sa suite, distinguent deux sortes de groupes minoritaires, soit les minorités nationales et les minorités ethniques. Chacun de ces groupes se voit ainsi accorder différents types de droits.

Premièrement, les minorités dites « nationales » sont présentées comme des groupes détenant une « culture sociétale » stable et libérale. Kymlicka explique qu'ils ont

a culture which provides its members with meaningful ways of life across the full range of human activities, including social, educational, religious, recreational, and economic life, encompassing both public and private sphere. These cultures tend to be territorially concentrated, and based on a shared language.
(Kymlicka, 1995 : 76)

Ce sont des minorités institutionnellement complètes, présentes sur un « territoire historique » (Kymlicka, 2012 : 250), partageant une histoire, une langue, et des traditions communes⁴. Pensons aux Québécois, aux Basques, aux Écossais, et aux Catalans, pour ne nommer que les plus connus. Ces groupes manifestent aussi le désir et la capacité de s'autogouverner sur ce qu'ils considèrent comme leur territoire. Certains d'entre eux ont des visées sécessionnistes. Toutefois, la doctrine de l'autodétermination des peuples reste encore très vague et n'accorde pas un droit à

⁴ Cette définition de la culture sociétale a été critiquée comme étant essentialisante, ne permettant pas de faire une distinction entre une nation ou une ethnie et sa culture (van Leeuwen, 2006 : 406).

la sécession de façon expresse (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 : au para. 111). Par ailleurs, selon Lapidoth, la communauté internationale n'a jamais défini ce en quoi consistait un « peuple » (Lapidoth, 1997 : 19).

Les minorités ethniques et autres minorités sociales sont habituellement des groupes moins nombreux, moins concentrés sur le territoire, et moins bien nantis institutionnellement que les minorités nationales. Au lieu de réclamer l'autogouvernement, ces groupes cherchent à obtenir des « accommodements culturels » et une « participation effective » (Roy, 2006) au processus politique. Les immigrants et les réfugiés sont quelques exemples de ce type de minorités, qui sont protégées par un droit à la non-discrimination, sans protection particulière de leur culture. Kymlicka présuppose que les immigrants, en particulier, chercheront à s'intégrer à la communauté d'accueil et renonceront à leurs pratiques culturelles propres, ce qui lui a été reproché par les communautariens (*ibid.* : 127).

Certains auteurs ont proposé d'autres déclinaisons des droits des minorités. José Woehrling oppose les « anciennes » et les « nouvelles » minorités (Poirier, 2008 : 524). Les anciennes minorités évoquent les minorités nationales et ethniques, ayant le droit de revendiquer sinon l'autodétermination, à tout le moins une certaine forme d'autonomie. Les nouvelles minorités, immigrants et réfugiés, bénéficient, à l'instar de Kymlicka, du droit à la non-discrimination. Cette typologie, somme toute semblable à celle de Kymlicka, comporte toutefois plusieurs angles morts, dont la question du temps historique (combien de temps faut-il avant qu'une « nouvelle » minorité ne devienne « ancienne »?) et l'articulation des droits des minorités ne correspondant à aucun de ces deux types.

D'autres auteurs ont tenté de décloisonner cette catégorisation. Caron a proposé d'ajouter à la dichotomie de Kymlicka une troisième catégorie, celle des « diasporas nationales contigües ». Celles-ci sont des « 'minorités nationales' qui ne revendiquent pas la souveraineté politique, voire même des organes administratifs autonomes » (dans Poirier, 2012 : 83). Iris Marion Young, pour sa part, a proposé l'idée d'un « continuum sur lequel sont placés – pas nécessairement de manière stable et immuable – des groupes minorisés » (*ibid.* : 81), et auquel correspondrait un spectre de droits. Cette tentative d'affiner la dichotomie de Kymlicka afin qu'elle puisse prendre en compte un plus grand nombre de groupes en situation minoritaire apporte toutefois le défi de l'opérationnalisation des types de droits à octroyer à chaque minorité (*ibid.* : 86). Autrement dit, bien que la notion de « spectre » règle la question théorique de

l'inclusion des différentes minorités dans la typologie, dans la pratique, elle ne donne pas de réponse claire à la question de la légitimité de leurs revendications ou du type de réponse à ces revendications octroyé par le droit.

La tradition communautarienne

La tradition communautarienne, pour sa part, octroie une valeur intrinsèque aux cultures. Autrement dit, les cultures sont vues comme un bien public, plutôt qu'un bien individuel comme chez Kymlicka. La vie bonne, chez les communautariens, est une conception non portée par un individu, mais partagée par la communauté. La culture est conçue comme un prisme au travers duquel nous interprétons et nous faisons sens des actions des individus autour de nous (Gnassounou, 2001 : 411); elle nous permet donc de nous former une conception de la vie bonne qui est partagée avec ces derniers. Les communautariens ne croient pas en l'individu « volontariste », dépeint dans les travaux de Kymlicka, qui pourrait choisir de changer sa conception de la vie bonne :

un tel détachement de soi à l'égard de fins est impossible et il me faut admettre que mon identité elle-même est constituée par ces fins. Dans ces conditions, la réflexion pratique authentique relève d'un acte de connaissance, plus que la décision d'un sujet : il s'agit de découvrir ce qui, par mon existence au sein d'une communauté, a déjà constitué mon identité plutôt que de la façonner (*ibid.* : 410).

Autrement dit, pour Gnassounou, la culture est plutôt vue dans cette tradition comme un « héritage » (*ibid.* : 411) duquel l'individu ne peut pas se départir.

Dans un contexte de diversité culturelle, cette approche théorique postule la présence d'un biais inhérent aux politiques des droits individuels au profit de la culture majoritaire dans n'importe quel État. « *The claim is that the supposedly neutral set of difference-blind principles of the politics of equal dignity is in fact a reflection of one hegemonic culture* » (Taylor, 1994 : 43). C'est pourquoi les groupes détenant une culture particulière devraient posséder des droits collectifs, car les droits individuels à eux seuls ne réussissent pas à protéger cette culture. Comme le résume Taylor,

L'accès à notre langue ou à notre collectivité comme pôle d'identification viable est indispensable pour que nous puissions être des sujets humains à part entière. [...] Nous avons le droit de demander aux autres de respecter les conditions nécessaires pour que notre langue ou notre collectivité soit un pôle d'identification viable (Taylor, 1992 : 62).

En d'autres mots, un « sujet humain » ne peut être compris à l'extérieur de sa communauté d'appartenance; voilà pourquoi c'est sur l'égalité entre les cultures, et non entre les individus, que cette approche repose. La seule façon de surmonter les différences entre les cultures passerait par le dialogue avec l'Autre (Cardinal et González Hidalgo, 2012 : 54) en vue d'obtenir une reconnaissance réciproque (Blattberg, 2009 : 71).

Michel Seymour, dans la même veine, soutient que la reconnaissance dont les minorités nationales ont besoin pour pouvoir assurer leur survie est « un ensemble de mesures institutionnelles » (Seymour, 2009 : 253) reposant sur cette culture qui leur appartient. Toutefois, selon Marie (2007), cette tradition est souvent accusée de restreindre le contexte de choix des individus, ou autrement dit, d'absolutiser des identités collectives au détriment de l'« autonomie du sujet » (Marie, 2007 : 178). Dans un contexte de société multiculturelle, on reproche aussi à cette approche de favoriser la ghettoïsation des minorités (et particulièrement des immigrants), soit de « pousser les étrangers à s'enfermer dans des communautés distinctes souvent défavorisées » (Ceyhan, 1993 : au para. 6).

La tradition républicaine

Finalement, on retrouve, dans les travaux de Philip Pettit (2000), une réflexion sur les droits des minorités inspirée de la tradition républicaine. La pensée de Pettit part du postulat selon laquelle la démocratie électorale, entendue dans son sens classique comme un gouvernement élu à la majorité par le peuple souverain, est inhospitalière aux minorités (Pettit, 2000 : 201). Selon ce chercheur, les demandes des minorités en vue d'obtenir des droits sont de nature contre-majoritaire, et empiètent sur le principe de la souveraineté du peuple, selon cette définition de la démocratie (*ibid.* : 203). Il propose une définition de la démocratie plus apte à reconnaître les droits des minorités, qu'il appelle « démocratie électorale contestataire »⁵ (*ibid.* : 204). Cette démocratie devrait reposer sur la souveraineté populaire, mais le gouvernement choisi par le peuple ne devrait avoir de pouvoir que sur les intérêts qui sont partagés par toute la population, intérêts consistant en le plus petit commun dénominateur des considérations impératives à tous dans la définition du vivre-ensemble (*ibid.* : 205). Autrement dit, afin de réellement inclure les minorités, une démocratie doit reposer sur la liberté des individus, conçue, dans son sens

⁵ Notre traduction.

républicain, comme la possibilité de vivre sans être assujéti à des « pouvoirs arbitraires »⁶ (Pettit, 2000 : 200) et de contester les décisions gouvernementales (*ibid.* : 215). Ce type de démocratie empêcherait les pouvoirs publics d'aller à l'encontre des intérêts des minorités dans le processus délibératif menant à la prise de décision. Pettit envisage différents niveaux d'intégration des minorités au processus délibératif selon le type de demande provenant de ces minorités, comme des mécanismes de consultation et d'appel de décisions gouvernementales, ainsi que des exemptions particulières à certaines obligations (*ibid.* : 213). Il propose aussi des mécanismes de reconnaissance d'aspects culturels importants pour ces minorités, comme l'octroi de congés religieux spéciaux, ou la mise en œuvre de services essentiels dans les langues des minorités (*ibid.* : 214). Toutefois, comme l'observe McCormick, le modèle républicain que présente Pettit n'assure en rien que les doléances des minorités ayant voix au processus délibératif seront prises en compte dans la prise de décision : « *such voices have no binding effect on legislative outcomes* » (McCormick, 2013 : 102). De plus, comme l'observe Pettit lui-même (2000 : 215), la tradition républicaine n'offre pas d'indication spécifique sur le type de reconnaissance à octroyer à différents types de minorités. Finalement, Kymlicka et Patten (2003) soulignent la difficulté inhérente à la participation des minorités dont la langue n'est pas celle de la *lingua franca* à des processus délibératifs comme celui que propose Pettit (Kymlicka et Patten, 2003 : 14). Voilà un écueil majeur à la participation potentielle de certaines minorités à la démocratie électorale contestataire.

Selon Cardinal et González Hidalgo, la tradition libérale depuis Kymlicka, comme la tradition communautarienne, se rejoignent au moins sur un point, c'est-à-dire que « l'identité culturelle est indispensable au développement humain » (2012 : 54). La tradition républicaine, du moins par la plume de Pettit, semble aussi sensible à cet aspect, sauf que ce dernier est plus préoccupé par la question des mécanismes de participation et de représentation des minorités au sein de la communauté politique que Taylor ou Kymlicka. Poursuivant sur cette lancée, on peut aussi se demander comment ces penseurs aborderaient la question du droit à l'autonomie pour les minorités linguistiques, en particulier les minorités qui ne bénéficient pas de la reconnaissance ou du statut de minorité nationale. En outre, les minorités linguistiques ne se retrouvent pas vraiment dans les débats sur les droits des minorités nationales. Si les minorités nationales peuvent avoir des revendications linguistiques, les minorités linguistiques n'ont pas la même revendication

⁶ Notre traduction.

nationale. Elles ne peuvent pas toutes réclamer un territoire ou un espace à contrôler. Dans ces conditions, à quels types de protection ou de droits les minorités linguistiques peuvent-elles aspirer?

Les droits des minorités linguistiques

De fait, les minorités linguistiques sont des groupes qui sont souvent assimilés aux minorités nationales, car dans les faits, beaucoup de minorités nationales ont des revendications linguistiques, comme les Corses en France ou les Catalans en Espagne. Toutefois, les minorités linguistiques ne réclament pas toujours le droit à l'autodétermination. En plus des minorités nationales dont la langue diffère de la majorité⁷, il y a selon Stephen Tierney (2006 : 4-5) quatre autres types de groupes dont on peut s'attendre qu'ils demandent une certaine reconnaissance basée sur leur partage d'une langue qui n'est pas celle de la majorité. Trois d'entre eux se retrouveraient dans la catégorie kymlickienne d'«immigrants», soit 1) les immigrants, 2) les immigrants concentrés territorialement (avec le résultat que leur langue est passée aux deuxième et troisième générations, comme la minorité hispanique du sud des États-Unis), et 3) les réfugiés. Le quatrième groupe de la typologie de Tierney est selon nous le plus intéressant, car c'est celui qui pose le plus grand défi à la théorie des droits des minorités. Il s'agit des minorités linguistiques « *which, although territorially concentrated and long settled, feel part of the national community of the State* » (Tierney, 2006 : 4). Parmi les groupes se retrouvant dans cette catégorie, il mentionne les Écossais et les Irlandais parlant le gaélique, les groupes linguistiques en Suisse, et le groupe qui nous intéresse, soit les FHQ. Nous ne nous étendons pas sur les théories de la « justice linguistique », mais nous constatons que le débat à ce sujet a pris la forme d'une dichotomie. On retrouve, d'une part les chercheurs prônant une approche territoriale à la protection linguistique (selon laquelle le territoire d'un État doit être découpé afin de soutenir une seule langue sur chaque partie du territoire), comme proposé par Laponce (1984) ou Van Parijs (2008), et d'autre part, ceux prônant un modèle personnel, reposant sur la protection des langues sur une base individuelle, comme proposé par De Schutter (2014).

Arzoz (2010), pour sa part, compte cinq différents modèles d'octroi de protection aux minorités linguistiques dans le monde : le modèle des droits humains, le « vieux » modèle des droits des minorités, le « nouveau » modèle des droits des minorités, le modèle des droits

⁷ Dans cette catégorie, nous retrouvons notamment l'Écosse.

autochtones, et le modèle des langues officielles. Dans un premier temps, le modèle des droits humains équivaut au droit à la non-discrimination et à la liberté d'expression découlant des protections générales octroyées par les droits humains sur le plan international, sans mesure spécifique pour soutenir les langues minoritaires. Dans un deuxième temps, le « vieux » modèle des droits des minorités est constitué d'instruments légaux internationaux ou régionaux, d'ententes bilatérales (notamment dans les régions frontalières où l'on retrouve de part et d'autre des minorités linguistiques, comme le Schleswig du Nord et du Sud entre l'Allemagne et le Danemark), et de législations internes. Ce modèle présente une lacune notoire : les instruments internationaux sont peu contraignants pour les États. Comme l'explique Kymlicka : « *[E]ven when minorities “win” at the United Nations, this does not necessarily translate into actual change [...]. International law is notoriously weak* » (Kymlicka, 2012 : 253). Dans un troisième temps, le « nouveau » modèle, pour sa part, inclut des accommodements pour les « nouvelles » minorités (immigrants et réfugiés, par exemple). Dans un quatrième temps, le modèle des droits autochtones contient à la fois des éléments de protection linguistique et de protection des territoires ancestraux, mais comme l'indique Arzoz (2010 : 116), peu de minorités linguistiques sont aussi des groupes autochtones. Ce modèle a donc une portée limitée. Dans un cinquième temps, le modèle des langues officielles renvoie aux États qui ont plus d'une langue officielle et qui ciblent la protection de certaines langues en particulier. Ce modèle prend souvent la forme de protections ancrées sur un territoire, comme le fédéralisme (*ibid.* : 118). La typologie d'Arzoz vient rejoindre l'observation de Bastarache (2004 : 3) selon laquelle il y aurait maintenant des protections offertes aux groupes linguistiques dans près de 160 différents États sur la planète, mais que cette protection est inégale d'un cas à l'autre, allant de la tolérance à la promotion. Bastarache (2004 : 4) souligne que « les droits linguistiques constituent aujourd'hui encore, et dans une large mesure, un champ de bataille politique plus qu'ils ne font l'objet de normes juridiques universellement applicables ».

En somme, le type de protection juridique auquel les minorités linguistiques peuvent aspirer n'a pas été clarifié, tout comme leur statut reste incertain dans la littérature au sein de la théorie politique, et ce, peu importe l'horizon idéologique des chercheurs. Comme l'ont souligné Young (1997), Poirier (2012) et Cardinal et González Hildago (2012), les minorités linguistiques ne sont pas représentées dans la typologie libérale traditionnelle minorité nationale/minorité ethnique. Les communautariens qui ont critiqué l'approche libérale n'ont pas mis de l'avant une

typologie de droits qui leur soit propre (Gnassounou, 2001 : 410). Finalement, le républicanisme à la Pettit porte le flanc à l'enjeu de la délibération dans une langue publique commune, anathème à la participation des minorités linguistiques, comme l'ont souligné Patten et Kymlicka (2003). Voilà un écueil à la théorie politique que soulignent Cardinal et González Hidalgo (2012 : 52), qui proposent que celle-ci « doit proposer des solutions particulières à la situation des minorités linguistiques et historiques [...] comme elle l'a fait pour les minorités nationales et les minorités ethniques » afin d'assurer leur protection. Ces minorités sont reconnues par le droit international, mais la question de leur « traitement » particulier, ou du type de droits à leur octroyer, est éludée dans la littérature (Poirier, 2012 : 68). Foucher (2012) propose d'utiliser l'idée d'autonomie en tant que point de référence pour les minorités linguistiques. Selon lui, « l'autonomie représente [...] la forme la plus achevée de protection des minorités linguistiques, celle qui correspond le mieux à l'un des principaux fondements du droit des minorités, à savoir l'épanouissement et la transmission de la culture de celle-ci par la langue » (Foucher, 2012 : 93). L'autonomie est pour lui une forme de pouvoir politique moindre que l'autodétermination proposée pour les minorités nationales. Toutefois, elle permet aux minorités linguistiques d'accéder à des pouvoirs leur permettant d'adapter des « procédures et modes de gouvernance » (*ibid.*) à la conception de ces derniers qui est véhiculée par la langue et la culture de la minorité, notamment par l'entremise d'institutions gérées par et pour la minorité.

Le droit à l'autonomie

Pour Roach, le droit à l'autonomie est devenu universel depuis l'avènement de la *Charte internationale des droits des autochtones* reconnaissant les droits des autochtones à la gestion de leurs ressources naturelles (Roach, 2005 : 13). Toutefois, Foucher et Bastarache considèrent que ces droits ne constituent pas des droits universellement admis, au même titre que les droits de l'Homme, par exemple. La question d'un droit à l'autonomie pour les minorités linguistiques, et du type d'autonomie à octroyer à ces minorités, se retrouve donc au cœur des débats sur les droits des minorités à plus largement parler.

La notion d'autonomie est problématique. Le concept est retrouvé dans des domaines aussi différents que les sciences pures, la science politique, la philosophie et le droit. Comme l'indique Poirier (2012 : 69), si l'on se penche à la fois sur la littérature de droit et de science politique, la notion d'autonomie devient effectivement polysémique. De plus, des notions telles que celles de « gouvernance », de « fédéralisme », de « décentralisation », et de « complétude

institutionnelle », sur lesquelles nous reviendrons plus loin, viennent nourrir la question de l'autonomie autant qu'elles la complexifient. Comme le souligne Lapidoth, « *[w]hile there is general agreement on the basic concept of autonomy, there are many conceptions of the concept, that is, different views on its interpretation* » (Lapidoth, 1997 : 29). William Safran avertit même le lecteur que « *self-government and autonomy are often used interchangeably, and autonomy has undergone incessant conceptual stretching* » (Safran, 2000 : 11). Cette polysémie nous a aussi semblé présente dans la littérature canadienne. Par exemple, l'utilisation que Michel Seymour fait du concept d'autonomie renvoie clairement à l'autodétermination, voire à la souveraineté politique (Seymour, 2009 : 158-159), alors que pour les chercheurs de l'Institut canadien de recherche sur les minorités linguistiques (ICRML), l'autonomie renvoie à un concept qui se rapproche plus de l'autogouvernement (Landry, Forgues et Traisnel, 2010). Un travail de défrichage s'impose afin de comprendre exactement ce que l'autonomie signifie ou peut signifier, incluant pour les FHQ.

L'étymologie du concept d'« autonomie » renvoie aux termes latins « *auto* » et « *nomos* », soit le pouvoir d'adopter ses « propres » « normes » (Lapidoth, 1997 : 29; Poirier, 2012 : 70). C'est un terme qui renvoie à une sorte de pouvoir politique, à une certaine forme d'autodétermination. Selon Roach, il existe trois grandes approches dans la littérature portant sur l'autonomie, soit une approche utilitariste, une approche socialiste, et une approche légaliste (Roach, 2005 : 1). L'approche utilitariste démontre l'utilité de la mise en œuvre de politiques autonomistes afin de régler des situations de tensions ou de conflits ethniques. L'autonomie est donc utilisée dans cette recherche à des fins prescriptives, comme moyen d'éviter des guerres ethniques ou de sécession (*ibid.* : 2; Gurr, 2000; Clarke, 2013). L'approche dite socialiste, pour sa part, renvoie à un pan de la littérature s'intéressant aux changements dans les relations sociales suscités par la mise en œuvre de mesures d'autonomie. Ces travaux s'intéressent à la façon dont l'autonomie peut faciliter la cohésion sociale dans des situations de diversité culturelle (Roach, 2005 : 2). Les écrits d'Otto Bauer sur l'autonomie nationale culturelle font œuvre pionnière dans le cadre de cette approche (*ibid.*; voir aussi Nimni, 2005). Toutefois, c'est la dernière approche qui est la plus importante pour notre propos, car elle s'intéresse à l'autonomie comme mécanisme de reconnaissance des minorités (Roach, 2005 : 2). Lapidoth (1997) démontre bien la prédominance de la première approche dans la revue d'écrits qu'elle a menée sur le sujet. Dans les années 1920, Georg Jellinek définit une entité dite « autonome » comme « *one based solely*

on its own laws, and with all the material and functional attributes of statehood: the authority to govern, to administer, and to judge » (*ibid.* : 30). Chez cet auteur, l'autonomie est l'équivalent de la notion de souveraineté. Paul Baland, de son côté, différencie l'autonomie de la souveraineté en soutenant que les limites de l'autonomie sont établies par le souverain (*ibid.*). Rudolf Bernhardt voit, pour sa part, une oscillation entre une interprétation large et étroite du concept. Au sens large, l'autonomie signifie « *the limits of State interference, on the one hand, and the autonomous determination and regulation of certain affairs by specific institutions on the other hand* » (Bernhardt, cité dans : Lapidoth, 1997 : 32). Au sens plus étroit, la notion comprend les principes de protection et d'autodétermination des minorités. Selon Bernhardt, cette seconde interprétation serait la plus souvent reprise en droit international – rejoignant nos propos plus haut. Certains auteurs définissent l'autonomie de façon territoriale, comme Léon Duguit qui parle d'une région détenant une certaine indépendance législative de l'État, alors que d'autres, comme Henry Barthélémy, en parlent plutôt en termes de dévolution de pouvoirs et de décentralisation (Lapidoth, 1997 : 30). En général, cette littérature postule l'instauration d'un droit général à l'autonomie institutionnalisant les normes internationales en matière de droits de l'Homme (Roach, 2005 : 2).

Les trois approches ont un point en commun : elles reconnaissent que l'autonomie octroie certains pouvoirs, voire, comme l'observe Roach, une forme ambiguë de souveraineté (*ibid.* : 3). Les auteurs opèrent aussi une distinction importante entre l'autonomie territoriale et l'autonomie personnelle ou non territoriale. Ces notions renvoient à des manières différentes d'octroyer des pouvoirs à des groupes minoritaires dans le but de veiller à leur pérennité et leur épanouissement.

L'autonomie territoriale

L'autonomie de type territorial signifie la dévolution de pouvoirs ou l'octroi d'une certaine autorité circonscrite sur un territoire donné (Lapidoth, 1997 : 32). Ce type d'autonomie est surtout l'apanage des minorités concentrées territorialement ou revendiquant un territoire historique (Gagnon, Guiborneau et Rocher, 2003). Il est préféré par ces minorités parce qu'il peut donner lieu à un nouvel ordre de gouvernement « pouvant fournir des services [...] plus réguliers et mieux financés » (Safran, 2000 : 14). De cette façon, les pouvoirs dévolus permettent non seulement au groupe d'exercer un certain contrôle politique, ils sont aussi, pour le groupe, une façon d'exprimer son identité par le moyen de politiques publiques (Béland et Lecours, 2008; Lapidoth, 1997 : 33). La plupart des États sont toutefois frileux à l'idée d'octroyer une certaine

autonomie territoriale à leurs minorités, car elle remet en question leur intégrité territoriale, voire même l'idéal type de l'État-nation indivisible, particulièrement lorsque les demandes d'autonomie des minorités se transforment en demandes à caractère sécessionniste (Nimni, 2005 : 7). Parmi les types d'autonomie territoriale, on retrouve le fédéralisme et la décentralisation.

Le fédéralisme comporte un élément d'autonomie. Selon Jaime Lluçh, l'autonomie territoriale et le fédéralisme ont des liens ontologiques non négligeables. Pour cet auteur, l'autonomie

is the search for gradually expanding spheres of self-government within existing state structures and thus autonomists adopt elements of the federal idea, given that they are proponents of a peculiar form of multilevel government combining elements of shared-rule and partial territorial self-rule (Lluçh, 2011 : 135).

Un État fédéral est organisé afin que certaines compétences soient partagées entre deux ordres de territoire, soit le gouvernement central, et les unités constituantes représentant les différents éléments dont est composé l'État. Chacun de ces deux ordres détient un pouvoir décisionnel ayant un impact direct sur les citoyens. Le pouvoir y est organisé selon la dichotomie « *self-rule/shared-rule* », ou « la combinaison de l'autonomie et de l'interdépendance » (Rocher, 2006 : 96). D'une part, le principe d'autonomie entend que « chaque État membre de la fédération, y compris l'État central, peut agir librement à l'intérieur de sa sphère de compétence et peut prendre des décisions qui ne seront pas révisées par un autre niveau de gouvernement » (Pelletier, 2013 : 47). D'autre part, le principe de participation indique que les collectivités constituantes de la fédération font partie du processus décisionnel prenant place au centre, lorsqu'il est question de décisions concernant tous les membres de la fédération. Rocher explique la relation entre les parties constituantes comme l'expression d'une « union limitée mais permanente [...] cherch[ant] à concilier l'unité et la diversité au sein d'un espace politique ou d'une société données » (Rocher, 2006 : 96-97). Il en résulte que les États fédéraux vivent dans un état de constante tension, « inhérente à la structure même des fédérations, entre l'imposition de valeurs communes par un gouvernement central et la protection de leurs pouvoirs par les entités fédérées » (Karmis, 2006 : 63). Le maintien d'une fédération repose donc sur cet équilibre des pouvoirs.

Pour Foucher, dans le cas du fédéralisme, l'autonomie territoriale est organisée pour qu' « un territoire de référence à l'intérieur de la juridiction [...] légifère »⁸ (Foucher, 2012 : 95). La *décentralisation*, pour sa part, « aborde la question en se concentrant plutôt sur *le champ*

⁸ En italiques dans le texte.

d'intervention de l'organisme, qui exerce sa compétence sur tout ou une partie du territoire du législateur »⁹ (*ibid.* : 95-96). Pour le dire autrement, le législateur délègue ou dévolue ses pouvoirs dans un champ d'intervention relevant de sa juridiction. Il crée un espace d'autonomie sectorielle en désignant des organismes privés qui prendront ces responsabilités en charge, en orchestrant des partenariats public-privé, ou en recourant aux services d'un organisme d'un autre palier gouvernemental.

Finalement, Keating (2012) propose un modèle hybride de dévolution de pouvoirs territoriaux, reposant sur deux catégories d'autonomie territoriale qui constituent mécanismes d'accommodements des minorités permettant d'éviter la sécession : « *independence-lite* » et « *devolution-max* ». Il explique que « *devolution-max* » signifie l'octroi d'autant de pouvoirs que possible aux unités constituantes d'une fédération, tandis qu'« *independence-lite* », pour sa part, renvoie à la sécession d'une partie d'un État, en sauvegardant néanmoins la structure constitutionnelle de l'État existant (Keating, 2012 : 11). Ces modèles de dévolution de pouvoirs territoriaux, s'ils étaient mis en application, créeraient une nouvelle forme d'État défiant selon lui les catégorisations habituelles de partage des pouvoirs ou d'autonomie territoriale (*ibid.*).

L'autonomie personnelle/non territoriale

Il existe d'autres formes d'autonomie, mais elles ne reposent pas sur un arrangement territorial. L'autonomie non territoriale est une notion regroupant plusieurs modèles de reconnaissance des minorités par l'octroi de formes de souveraineté et d'autodétermination qui ne sont pas liés à un territoire particulier (Nimni, 2013 : 1). Selon Safran, ce type d'autonomie convient le mieux aux minorités dispersées ou n'ayant pas de territoire historique, et semblerait être plus facilement accepté par les États, car il ne remet pas en cause leur souveraineté et leur intégrité territoriale (Safran, 2000 : 11). Grammond (2009 : 24) remarque d'ailleurs que c'est aussi le type d'autonomie le plus souvent octroyé dans la théorie libérale des droits des minorités, notamment parce qu'il protège le droit des individus à faire des choix quant à leur appartenance culturelle (ce que les théoriciens appellent le « *right of exit* »). L'autonomie personnelle permettrait donc la protection de la culture des individus sans restreindre leur contexte de choix culturel.

Parmi les modèles se retrouvant sous l'égide de l'autonomie personnelle ou non territoriale, nous retrouvons au premier chef l'autonomie nationale culturelle (Nimni, 2005;

⁹ En italiques dans le texte.

2007). Popularisée par Nimni ces dernières années, l'autonomie nationale culturelle est apparue vers la fin du XIX^e siècle sous la plume de Karl Renner et d'Otto Bauer. Renner et Bauer étaient tous deux membres du Parti social-démocrate austro-hongrois et tentaient, à l'époque, de trouver une solution au problème de la montée de sentiments sécessionnistes provenant de certaines minorités à l'intérieur de l'Empire. L'œuvre de Renner, *État et nation*, parue pour la première fois en 1899, proposait un nouveau modèle de gestion étatique de la diversité culturelle (et nationale) (Nimni, 2007 : 345-6). Pour sa part, Bauer publie, en 1907, *La question des nationalités et de la social-démocratie* dans le but de « remédier aux divisions de classe par l'entremise d'une plateforme de droits égaux envers toutes les minorités nationales »¹⁰ (Roach, 2004 : 92).

Ce type d'autonomie repose sur le principe « personnaliste ». Ce principe postule que « des groupes d'individus ne sont divisibles qu'à partir de caractéristiques personnelles, et non territoriales »¹¹ (Renner, cité dans : Nimni, 2005 : 32). Les individus, et non le territoire, sont les porteurs de droits, selon cette perspective, et ces droits suivent l'individu, peu importe où il ou elle se trouve sur le territoire de l'État. Renner pensait « la nation comme une corporation de droit public, dans une position comparable à celle d'une Église. Tout comme cette dernière comprend des communautés de croyances partagées, la nation devrait être pensée comme une association d'individus reliés par une culture commune »¹² (Smith et Hiden, 2012 : 12).

Un autre principe central à la théorie de Renner et Bauer est celui de la démocratie, puisque l'organisation interne et de chaque communauté doit se faire selon le consentement individuel des adhérents (*membership*) à l'une ou l'autre des communautés autonomes (Nimni, 2005 : 10). Ce modèle permet aussi aux minorités de décider pour elles-mêmes du niveau d'autonomie qu'elles souhaitent prendre en charge et ouvre la porte à une autonomie partielle, dans seulement certains secteurs jugés primordiaux. Pour Nimni, une autonomie nationale-culturelle organisée ainsi

is based on the premise that the most controversial issues in the relationship between ethnic and national groups are issues concerning language, education and the recognition of cultural rights in the public domain. Here, networks of communication across cultural boundaries are crucial because the model

¹⁰ Notre traduction.

¹¹ Notre traduction.

¹² Notre traduction.

recognizes both communities and individuals as legitimate interlocutors (Nimni, 2007: 347).

Le modèle de l'autonomie nationale culturelle tel qu'imaginé par Bauer et Renner ne fut jamais repris par le Parti sociodémocrate, ni implanté dans l'Empire austro-hongrois. Il y a toutefois eu un regain d'intérêt pour l'autonomie nationale culturelle en Europe depuis le tournant du XXI^e siècle. En effet, certains chercheurs tentent aujourd'hui de réhabiliter cette théorie dans le but de formuler une critique de l'État-nation libéral ou de pallier certains défis du multiculturalisme (Roach, 2004, 2005; Nimni, 2005, 2007; Smith et Hiden, 2012), notamment les revendications de la part de minorités ne souhaitant pas être mises sur un pied d'égalité avec tous les autres groupes ethniques au sein d'un État, comme les minorités nationales (McRoberts, 2003 : vii). Nous retrouvons les vocables d'autonomie culturelle (Roach, 2005), d'autonomie institutionnelle (Safran, 2000), et d'autonomie personnelle (Roy, 2006 : 337) dans la littérature contemporaine sur l'autonomie non territoriale. Ces trois vocables renvoient au même modèle d'octroi de pouvoirs à une minorité que l'on retrouvait dans l'autonomie nationale culturelle : « *the autonomy of groups in managing their internal affairs in relation to their culture, which can extend to forms of self-government* » (Prina, 2013 : 1; voir aussi Roach, 2005 : 13). Selon Rethmann et coll., dans le contexte contemporain, ce type d'autonomie pourrait aussi être utilisé afin de palier les phénomènes rattachés à la globalisation, comme la mobilité grandissante des individus, rendant de moins en moins attirants et utiles les droits à l'autonomie territoriale (Rethmann et coll., 2010). C'est aussi un modèle qui semble mieux convenir, comme l'indique Nimni (2005 : 11), aux minorités réclamant une autonomie forte, mais pour qui la création d'un nouvel État n'est pas une option viable.

Les buts et les résultats découlant de l'octroi d'une forme ou d'une autre d'autonomie aux minorités sont aussi matière à débat au sein de la littérature. D'expliquer Safran (2000 : 12),

[t]here is considerable difference of opinion about, first, which kind of autonomy is more likely to prevent, or lead to, secession and which is to be avoided; second, which kind is more likely to satisfy the cultural claims of minorities; and, third, which minority is entitled to what kind of autonomy, and for what reason.

Malgré le flou entourant sa définition et sa mise en œuvre, l'autonomie est devenue une notion chère aux minorités, car elle leur permet de revendiquer du pouvoir, sans nécessairement aller aussi loin que d'exiger la sécession. Elle offre, notamment une solution de rechange intéressante

aux demandes d'autodétermination territoriale qui, comme l'observe Lapidoth, ont tendance à recréer une « minorité dans la minorité » (Lapidoth, 2002 : 21; voir aussi Poirier, 2008 : 534). Dans cette optique, il devient impératif pour notre propos de nous pencher sur la façon dont le débat sur l'autonomie des minorités linguistiques a pris forme au Canada, et particulièrement à l'égard des FHQ.

La question de l'autonomie des francophones hors Québec

L'autonomie des FHQ est une question qui intéresse les chercheurs en milieu francophone depuis les années 1970. Elle a connu un développement en deux temps. Comme le souligne Cardinal, « [p]endant les années soixante-dix et quatre-vingt, le discours en milieu francophone s'est institué comme un discours engagé. [...] La sociologie, en particulier, s'est intéressée au dynamisme francophone hors Québec, à son besoin de pouvoir et de contrôle, ou d'autonomie » (Cardinal, 1997 : 11). Certains sociologues s'intéressaient alors au courant de la sociologie du développement, aux mouvements coopératifs et à l'autogestion (Massicotte, 2008 : 285). Par exemple, Thériault (1981), à l'Université d'Ottawa, mais aussi une grande partie du département de sociologie de l'Université de Moncton¹³, est influencé par ce courant, dans le sillon du sociologue spécialiste de l'autogestion Gabriel Gagnon (1976) au Québec. Comme le souligne Massicotte, plusieurs jeunes acadiens partis faire leurs études supérieures à Montréal ont été dirigés par Gagnon, et ces derniers ont ensuite rapporté chez eux cette tradition sociologique, « le tout mâtiné d'une pincée de marxisme » (*ibid.*). L'autonomie est présentée dans ces travaux en termes d'émancipation économique, mais aussi culturelle, du système dominant (anglophone)¹⁴. Cette approche théorique les amènera à constater que les expériences acadiennes d'autogestion, qui avaient surtout pris la forme de coopératives d'épargnes et de pêcheurs, ne les avaient pas affranchis du capitalisme ni de la domination culturelle des majoritaires (*ibid.*; voir aussi Thériault, 1981).

À l'extérieur de ces approches marxisantes, nous retrouvons le sociologue de l'Université de Toronto Raymond Breton, qui avait déjà à l'époque développé sa théorie de la *complétude institutionnelle*. La complétude institutionnelle est une forme d'autonomie non territoriale qui s'intéresse moins aux pratiques linguistiques qu'aux institutions de la minorité, comme son nom

¹³ Notons notamment Michel Roy (1978) et Alain Even (1971).

¹⁴ L'étude d'Even, « Domination et développement au Nouveau-Brunswick », est probablement le meilleur exemple de ce courant théorique.

l'indique. Dans son article de 1964, intitulé « *Institutional completeness of ethnic communities and personal relations of immigrants* », il résume ses résultats de recherche sur la sociabilité et les processus d'intégration des immigrants de la région de Montréal. Breton constate que plus une communauté ou un groupe était fortement organisé en termes d'institutions, plus il avait la capacité d'attirer de nouveaux membres et de retenir ceux qu'il avait déjà. La complétude institutionnelle, chez Breton, varie alors sur un continuum allant de liens très informels dans les relations interpersonnelles des individus, jusqu'à la possession de moyens assez élaborés pour que les institutions de la communauté « puissent performer tous les services requis de la part des membres », au point où ils n'auront « jamais à utiliser les institutions de la majorité afin de satisfaire à leurs besoins, que ce soit en éducation, en emploi, en nourriture et en habillement, en services de santé ou en assistance sociale »¹⁵ (Breton, 1964 : 194). Toutefois, dans cette première étude, la complétude institutionnelle est temporaire, c'est-à-dire que l'ultime résultat doit être l'intégration des immigrants à la communauté d'accueil.

Or, une vingtaine d'années plus tard, Breton révisé son modèle et l'applique aux FHQ. D'abord, il explique comment la logique d'adhésion individuelle à un groupe dépend des ressources et des bénéfices que lui octroie ce groupe. Breton explique que la stabilité démographique d'un groupe dépend de la capacité de rétention du groupe : « L'évolution d'une minorité et de sa culture dépend [...] d'une organisation sociale qui puisse au moins retenir ses effectifs, sinon en attirer de nouveaux » (Breton, 1985 : 77). Une communauté, afin de survivre, ne pourrait pas faire seul usage de contraintes internes, mais devrait aussi utiliser ce qu'il appelle des « motivations sélectives » envers ces membres. Ces dernières regroupent

des avantages accessibles uniquement à ceux qui participent à la production et au maintien des biens culturels communautaires. Dans cette perspective, la communauté devra, pour assurer sa croissance, mettre sur pied des organisations, des services et des activités qui pourront inciter les individus à se joindre à elle ou à s'y intégrer. On peut alors dire que le maintien de la communauté, sa vitalité et sa cohésion dépend du dynamisme de son centre et du magnétisme qu'il génère [...] Ce magnétisme doit émaner des institutions et des activités communautaires (*ibid.* : 84).

Ensuite, Breton considère que la question de l'économie s'avère primordiale, car ce serait le secteur porteur de la plus grande motivation pour les individus à s'intégrer à un groupe en particulier. Par cela, il entend que « l'économie de la minorité au sein de celle de l'ensemble de

¹⁵ Notre traduction.

la société » (*ibid.* : 85) serait porteuse de motivations sélectives. Pour Breton, il est important, pour le développement de la communauté, qu'elle puisse porter l'existence de l'individu durant tout son cycle de vie, de la jeunesse (par les institutions d'éducation) jusqu'à la vie adulte (par le marché du travail) (*ibid.* : 89).

Cette première vague de recherches a trouvé des échos au sein des revendications qui provenaient des milieux communautaires. Comme le rapporte Normand (2012), des années 1970 jusqu'au tournant du siècle, les revendications d'autonomie des FHQ s'exprimaient en termes de « développement global », un terme qui incarnait, voire même débordait, les revendications envers le droit à des institutions autonomes. L'autonomie était alors un projet politique qui visait, certes, à « solidifier les assises institutionnelles des collectivités francophones », mais qui portait aussi une « visée participative et émancipatrice propre aux approches du pouvoir organisationnel et des rapports de pouvoir [...] dans l'espace public » (Cardinal, Lapointe et Thériault, dans : Normand, 2012 : 12-13). L'autonomie des FHQ associée à la notion de développement allait alors au-delà des institutions et visait l'octroi de pouvoir dans « le plus de secteurs possibles de la vie des individus et des groupes francophones. [Le développement] permet à ces individus et groupes francophones de poursuivre un même but et de mieux contrôler leur situation actuelle et future en visant l'épanouissement individuel et collectif » (FFHQ, dans : Normand, 2012 : 41).

Dans les années 1990, la FCFA réclamait, pour les FHQ, des pouvoirs permettant « une prise en charge de [leur] avenir, une prise en charge axée sur [leurs] ressources, sur [leurs] besoins et [leurs] aspirations, sur le contrôle de [leurs] espaces, sur le développement de lieux de pouvoir francophones » (FCFA, dans : Normand, 2012 : 61). Elle revendiquait une politique de développement qui correspondrait à « un processus social et économique par lequel les citoyennes et citoyens prennent en main leur destin et se donnent les moyens de faire face aux principaux problèmes de leur communauté » (*ibid.*). Les revendications d'autonomie des FHQ comportent toujours une dimension institutionnelle, mais aussi des mécanismes de « participation au processus politique afin de véhiculer les aspirations des communautés » (Normand, 2012 : 61).

Une deuxième vague de travaux sur l'autonomie des FHQ s'est développée à l'aune des débats sur le multiculturalisme et les droits des minorités (Léger, 2015 : 7), depuis la décennie 2000. Kymlicka (2012 : 57) a reconnu que son approche au multiculturalisme canadien négligeait la situation « nationalitaire » des communautés minoritaires de langue officielle au Canada, en tant que minorités se retrouvant « entre les minorités nationales et les minorités ethniques »

(Cardinal et González Hidalgo, 2012 : 57). Plusieurs chercheurs en francophonie canadienne ont tenté de dépasser cette lacune afin de faire avancer la réflexion sur l'autonomie des FHQ (Cardinal et González Hidalgo, 2012; Landry, 2009; Poirier, 2012). Parmi les critiques de l'approche de Kymlicka à la reconnaissance des minorités dans le cadre canadien, on retrouve en premier lieu Poirier, qui démontre qu'en l'état actuel, le fédéralisme canadien ne répond pas aux attentes des FHQ en matière de reconnaissance ou d'autonomie. Selon Poirier, il existe bel et bien une conception de la Constitution canadienne en tant que pacte entre « deux peuples fondateurs », l'un francophone, l'autre anglophone. Toutefois, « sur le plan *institutionnel*, le peuple 'non anglophone' est – et a pratiquement toujours été – celui du Québec »¹⁶ (Poirier, 2008 : 513). En effet, une certaine autonomie territoriale fut attribuée aux Canadiens français par la création de la province de Québec, mais celle-ci n'était ni exhaustive ni inclusive, puisque tous les Canadiens français n'habitaient pas cette province. Pour Poirier, l'idée d'un peuple canadien-français incluant le Québec et les FHQ est pratiquement disparue depuis la Révolution tranquille, avec des effets sur les institutions fédérales néfastes pour les FHQ : « Les débats, négociations, compromis, combats intervenus entre le Québec et le 'reste du Canada' depuis les années 1960 ont créé un vide (ou du moins, un grand flou) institutionnel pour les minorités francophones hors Québec » (*ibid.* : 514). Pour ce qui est des avenues possibles d'autonomie territoriale pour les FHQ dans le cadre fédéral canadien, Poirier conçoit que des modifications territoriales à la fédération canadienne, comme la création d'une autre province francophone ou la création de « territoires francophones » intra- ou inter-provinciaux, ne sont pas une option viable pour les FHQ. Ces derniers sont éparpillés sur un vaste territoire et que ces territoires créeraient nécessairement le problème de la « minorité dans la minorité », c'est-à-dire la présence d'anglophones au sein de ces territoires (*ibid.* : 539). Toutefois, elle considère que les municipalités offrent un espace de pouvoir territorial plus réaliste pour les FHQ dans certaines régions où ils forment une majorité, mais ces entités ont « peu de compétence dans [...] des matières cruciales pour la minorité (langue, éducation, services sociaux, développement économique) » (*ibid.* : 539). Comme le souligne Foucher (2012 : 96), « [à] l'exception du Nouveau-Brunswick¹⁷, les tribunaux canadiens ont systématiquement refusé de considérer que les communautés linguistiques officielles disposaient d'un droit à des municipalités dont le caractère

¹⁶ En italiques dans le texte.

¹⁷ Nous reviendrons sur les décisions juridiques eut égard à la sphère municipale au Nouveau-Brunswick plus loin.

linguistiquement homogène devrait être protégé par le législateur provincial ». En Ontario et au Nouveau-Brunswick, nous avons vu, depuis la décennie 2000, des conseils municipaux débattre (et adopter) des règlements touchant aux langues officielles sur des sujets relevant de leur juridiction, notamment sur l'affichage commercial bilingue. Par ailleurs, au Manitoba, la ville de Winnipeg a inscrit dans sa Charte certaines obligations à l'égard de l'offre de services en français dans des régions désignées, mais ces obligations ne sont pas d'ordre constitutionnel (*ibid.* : 98). Dans certaines régions, le municipal est un espace de pouvoir territorial qui pourrait être appelé à devenir un espace d'autonomie pour les communautés francophones, mais il n'y a pas de « droit à l'autonomie municipale » en tant que tel.

Poirier propose aussi des arrangements institutionnels visant à donner aux FHQ une voix aux débats qui les concernent. Elle envisage des « mécanismes de participation garantie dans les institutions communes (quotas dans les assemblées, veto [*sic*] suspensif ou final relativement à certaines questions, etc.) » ou encore des organes politiques proprement francophones comme des assemblées délibérantes (Poirier, 2008 : 551-552). Cette proposition est accompagnée d'une mise en garde sur l'éventuel recul des droits linguistiques suivant la mise en place de tels mécanismes et de « réactions négatives de la part de la majorité anglophone » (*ibid.* : 554). La faisabilité de tels arrangements institutionnels est ainsi remise en question par l'auteure. Quoi qu'il en soit, il est clair pour Poirier que le fédéralisme canadien, dans son état actuel, ne répond pas aux desseins ou les revendications politiques des FHQ. En revanche, l'autonomie personnelle ou non territoriale a, pour sa part, démontré un plus grand potentiel pour la protection et l'épanouissement des FHQ.

Rodrigue Landry, Eric Forgues, et Christophe Traisnel, de l'Institut canadien de recherche sur les minorités linguistiques (ICRML), ont consacré beaucoup d'effort, dans les dernières années, à formuler le concept d'*autonomie culturelle*. Ce dernier n'a pas de lien théorique avec l'autonomie nationale culturelle évoquée ci-haut, sauf que les auteurs cherchent à concilier à la fois des aspects de l'autonomie territoriale et de l'autonomie non territoriale. Le modèle de Landry et coll. a été conçu avec à l'esprit les minorités linguistiques, mais ces chercheurs l'appliquent particulièrement aux communautés de langue officielle en situation minoritaire (CLOSM) du Canada. Ils reprennent des éléments de la théorie de la revitalisation langagière (« *reversing language shift* », ou *RLS*) du sociolinguiste américain Joshua Fishman, et de l'approche de Kymlicka aux droits des minorités, soit le concept de « culture sociétale ».

En premier lieu, la question de la revitalisation langagière « *is devoted to improving the sociolinguistic circumstances of languages that suffer from a negative balance of users and uses* » (Fishman, 2006 : 113). Fishman étudie la façon dont les langues se transmettent ou disparaissent dans des situations de contact avec d'autres langues. L'un des facteurs de succès d'une langue est selon lui l'autonomie culturelle de ses locuteurs, qu'il identifie en huit stades, allant de l'autonomie la plus faible à la plus forte. À son stade le plus faible (8), il est difficile de retrouver une communauté de locuteurs d'une langue sur un territoire donné. À son stage le plus fort, l'autonomie culturelle est complète et imprègne même les institutions d'éducation, les médias, voire même les opérations gouvernementales (*ibid.* : 93-100). Fishman « distingue [l'autonomie culturelle] de l'autonomie *politique*, terme qu'il réserve aux groupes qui visent la protection de leur langue en se donnant leur propre État »¹⁸ (dans Landry et coll., 2010 : 93).

En deuxième lieu, la notion kymlickienne de « culture sociétale » est mobilisée par Landry afin de justifier l'autonomie des FHQ. Selon Landry, les FHQ participent à une culture sociétale au même titre que les Québécois, de par leur appartenance à l'une des deux communautés de langue officielle du pays (Landry, 2012 : 170). La dualité linguistique canadienne constitue un support pour « la reconnaissance des droits linguistiques collectifs des CLOSM en vertu de leur appartenance aux deux collectivités de langue officielle. Pareils droits collectifs pourraient constituer l'équivalent d'une certaine reconnaissance de leur autonomie culturelle » (*ibid.* : 173). Autrement dit, pour Landry, l'appartenance des FHQ à la culture sociétale franco-canadienne légitime leur autonomie culturelle.

L'objectif de Landry et coll. est d'élaborer un cadre théorique alliant autonomie culturelle (telle que l'entend Fishman) *et* politique, permettant à la communauté de prendre en charge son « processus d'aménagement linguistique intégré à un projet d'autodétermination politique » (Landry, 2009 : 19). D'expliquer Landry et coll.,

même s'il s'agit d'une autonomie dite 'culturelle', le processus d'autodétermination n'en est pas moins politique puisque le groupe revendique des ressources, un pouvoir d'autogestion et une gouvernance qui, selon le contexte géopolitique, peut être de nature territoriale ou non et plus ou moins en confrontation avec le pouvoir de l'État¹⁹ (2010 : 93).

¹⁸ En italiques dans le texte.

¹⁹ Nous soulignons.

Trois éléments ou composantes qui interagissent avec l'identité collective sont mobilisés dans le schéma de Landry : 1) la légitimité idéologique, 2) la complétude institutionnelle, et 3) la proximité socialisante. La légitimité idéologique comprend la façon dont l'État et les citoyens de la majorité voient et traitent la minorité, donnant « au groupe [minoritaire] sa légitimité et son statut » (*ibid.* : 100). On pourrait dire que ce terme renvoie au niveau de reconnaissance dont jouit la minorité par les pouvoirs majoritaires. La complétude institutionnelle, comme l'entend Landry, « représente la prise en charge d'institutions culturelles et sociales, laquelle donne vie à la langue du groupe sur la place publique et révèle la capacité du groupe à gérer ses 'frontières d'identité' » (*ibid.* : 99). C'est donc une définition assez proche de la théorie de Breton. La proximité socialisante renvoie au « 'noyau foyer-famille-voisinage-communauté' par lequel le groupe assure la transmission intergénérationnelle aussi bien de la langue que de la culture » (Landry et coll., 2010 : 98). Ce dernier élément ramène, comme l'explique d'ailleurs Safran (2010), la question de l'espace géographique dans l'autonomie non territoriale, puisqu'elle revient inévitablement à la question du besoin d'une masse critique sur un territoire donné afin de reproduire l'identité collective. Selon Safran, « *[t]he idea of territoriality is suggested by the existence of networks of institutions – cultural, educational, social, commercial, and/or religious – that serve the particular needs of ethnic communities* » (Safran, 2000 : 12). La question du territoire vient donc s'insérer au cœur de l'idée d'autonomie des minorités, même lorsque celle-ci est déclinée en termes personnels ou institutionnels. Autrement dit, les formes d'autonomie non territoriale ne peuvent se départir complètement d'un rapport au territoire, ne serait-ce que par l'existence de rapports de proximité ou par l'emplacement des institutions de la minorité. L'élément « proximité socialisante » de l'autonomie culturelle de Landry met cette difficulté en évidence.

Magord (2008), dans son ouvrage portant sur la quête de l'autonomie en Acadie, utilise aussi une définition de l'autonomie culturelle près de celle élaborée par les chercheurs de l'ICRML. Selon lui,

For minorities, the quest for autonomy corresponds to that moment in their history when they hope to increase control over their lives with regard to the majority group. The central problem of this quest is that, as a general rule, efforts aimed at autonomy lead to complete or partial failure (Magord, 2008 : 21).

Magord postule l'indépendance complète comme la forme la plus achevée d'autonomie – une option qui n'est ni viable, ni même souhaitable, pour les FHQ. Dans le cadre de la francophonie canadienne, il note que les revendications d'autonomie ne se sont pas, pour la plupart²⁰, présentées sous la forme de revendications sécessionnistes. Néanmoins, pour Magord, « *if there is an aspiration toward autonomy, it is because there is a need to outstrip certain alienations, to break tutelage, to re-appropriate certain responsibilities and sectors of control* »²¹ (*ibid.* : 25).

Léger démontre toutefois que l'appropriation du concept de culture sociétale dans le modèle d'autonomie culturelle de Landry et coll. est tronquée par rapport à la signification qu'en donne Kymlicka (Léger, 2012 : 110-112). Pour Léger, la culture sociétale chez Kymlicka est une culture qui pénètre et participe à la consolidation d'une grande variété d'institutions qui touchent les aspects à la fois privés et publics des individus qui y participent – bref, la culture d'une minorité nationale (*ibid.* : 113). Cette situation ressemble pour Léger à celle des Québécois, mais elle ne définit pas la population de langue française au Canada à plus largement parler. La culture des FHQ pénètre de façon beaucoup plus faible les institutions qu'ils côtoient que celle des Québécois. Selon Léger, afin de faire sens du schéma théorique de Landry, l'objectif des FHQ *devrait être* de partager la même culture sociétale que les Québécois – faisant de l'autonomie culturelle des FHQ non une réalité, mais un projet normatif (*ibid.* : 115).

Forgues, pour sa part, reprendra le cadre conceptuel de l'ICRML à son propre compte dans l'élaboration d'un « modèle théorique capable de réunir l'ensemble des conditions qui assurent la reproduction » (Forgues, 2010 : 185) des FHQ en « privilégi[ant] la fonction du politique dans [leur] quête d'autonomie [...] » (*ibid.*). Forgues endosse la définition problématique de la culture sociétale utilisée par Landry et ne fait pas mention du rapport des FHQ au Québec (*ibid.* : 190). Il se distingue toutefois de Landry en reprenant la thèse communautarienne de Taylor, au lieu de s'inscrire dans le sillon du libéralisme kymlickien. Forgues avance que les FHQ n'acquerront l'autonomie que si le groupe détient une identité collective, qu'il entend comme « un sujet collectif qui se pose ou qui entend se poser au fondement de son action historique » (*ibid.* : 186). Il postule que la domination par la majorité fragilise l'identité d'une minorité, ce « qui ne l'incitera guère à entreprendre une action collective pour [...] revendiquer sa reconnaissance » (*ibid.*). Il doit y avoir prise de conscience collective de

²⁰ Pour une étude des revendications sécessionnistes énoncées lors des dernières années du Parti acadien, voir Ouellette (1992).

²¹ Nous soulignons.

la part de la minorité linguistique avant que celle-ci n'entame des revendications en termes d'autonomie :

Un groupe social devient un acteur social lorsqu'il acquiert la conscience de sa condition historique, puis agit comme sujet historique. Au lieu d'accepter, voire de négliger le fait qu'il se trouve déterminé par des facteurs structurels indépendants de sa volonté et par des rapports sociaux de domination [...], l'acteur social devient un sujet historique qui cherche à contrecarrer cette détermination structurelle en aspirent à devenir un sujet qui se pose au fondement de son action (*ibid.* : 188).

Or, dans le contexte des FHQ, où la langue est au fondement même de l'identité du groupe, ces revendications sont directement reliées à ses pratiques linguistiques. Comme explique Forgues : « Sans pratiques linguistiques ou sans vitalité linguistique, le projet d'autonomie perd son sens, voire sa raison d'être » (*ibid.* : 192).

Thériault (2007) s'engage aussi dans une approche collectiviste, pour qui c'est désormais à l'aulne de la possibilité de « faire société » que l'autonomie des FHQ est appréhendée. Pour ce sociologue, « faire société », c'est « faire œuvre de civilisation en français dans le continent anglo-américain » (Thériault, 2007 : 8) par le moyen d'une vie politique qui se déploie avant tout dans la société civile. Il conçoit la société civile comme un corps politique, une « réalité capable d'agir collectivement » (*ibid.* : 19) à partir de la multitude de liens entre des individus et de regroupements politiques formés par ces derniers : « C'est un lieu, dirions-nous aujourd'hui, de gouvernance, et non de gouvernement » (*ibid.*). Chez Thériault, comme chez Forgues, la question de l'historicité est centrale : la société civile doit être un sujet historique, c'est-à-dire « une organisation complexe dotée d'institutions assurant une historicité particulière » (*ibid.* : 230), capable d'orienter sa propre histoire. La culture sociétale est abordée chez Thériault un peu comme chez Léger, c'est-à-dire en différenciant la « petite culture » des FHQ de la culture sociétale des Québécois. Thériault croit que les FHQ ont une « culture nationalitaire » qui se distingue de la culture sociétale des Québécois (*ibid.* : 163-164). Toutefois, pour Thériault, les FHQ ont gardé l'*ambition* d'une culture sociétale depuis la Révolution tranquille au Québec et la « fin du Canada français » qui en a découlé (*ibid.* : 173). Selon ce sociologue, « pour que le Canada français renaisse, la francophonie doit s'arrimer d'une manière ou d'une autre à l'affirmation québécoise, sinon elle est définitivement vouée à être une minorité culturelle, ce qu'elle n'accepte pas encore d'être » (*ibid.*). Cette ambivalence des FHQ envers le Québec serait ce que Thériault appelle ailleurs, avec Martin Meunier, « l'intention vitale du Canada français »,

soit la persistance « dans la pratique comme dans l’imaginaire des francophonies vivant en situation minoritaire, une certaine intention nationale » (Thériault et Meunier, 2008 : 207). L’intention (impossible depuis la Révolution tranquille au Québec) des FHQ de faire partie d’une culture sociétale serait donc l’équivalent de leur ambition (au final, tout aussi impossible) de « faire société ».

La forme (ou les formes) de l’autonomie des FHQ qui correspondent à cette intention des FHQ « faire société » chez Thériault sont toutefois difficiles à saisir. Lorsqu’il parle de l’Acadie du Nouveau-Brunswick, il n’hésite pas à parler d’une territorialisation des espaces de pouvoir, voire de la création d’une « région acadienne » où les francophones auraient le contrôle « de l’aménagement du territoire, de l’aménagement des ressources, de l’aménagement des services de santé, de bien-être, etc. » (*ibid.* : 24). En revanche, il ne s’avance pas sur la question du territoire lorsqu’il est question des FHQ à plus largement parler. Il parle plutôt d’institutions propres à la société civile comme de signes de la permanence de cette société. « Par l’institutionnalisation, les humains se dotent d’organisations qui visent justement à transcender le monde de la vie quotidienne, bref, qui visent à ‘créer société’ » (*ibid.* : 232). Il mentionne aussi l’importance de « forums publics » (*ibid.* : 25) ou d’« espace public » où les « francophones produiront leur conception différente du monde » (*ibid.* : 272). La définition variable de l’autonomie adoptée par Thériault est peut-être le reflet de ce qu’il croit possible ou faisable pour chaque communauté minoritaire.

Un autre pan de la littérature récente sur l’autonomie des FHQ a cherché à actualiser la notion de complétude institutionnelle chez Breton. Cardinal et González Hidalgo (2012 : 57) ont théorisé la notion d’autonomie des FHQ en alliant la notion de « spectre » de la reconnaissance, telle qu’utilisée par Young et reprise par Poirier, avec la notion de complétude institutionnelle, afin de décloisonner la dichotomie minorité nationale/minorité ethnique présente dans le débat sur les droits des minorités. Comme l’observent les deux auteures, « le degré de complétude institutionnelle peut varier d’un groupe à l’autre » (*ibid.*) afin de combler les besoins de chaque communauté minoritaire. Cette solution permettrait aux FHQ d’opter pour le degré d’autonomie qui leur convient le mieux, selon leurs ressources et leurs aspirations respectives. Selon elles, cette solution aux revendications des minorités linguistiques comme les FHQ pourrait déborder du cadre canadien et devenir un point de référence, au même titre que « le droit à l’autodétermination pour les minorités nationales » et « le droit à la non-discrimination pour les

minorités ethniques » (*ibid.* : 63). Cardinal et González Hildago sont aussi d'avis qu' « en milieu minoritaire francophone, la notion de complétude institutionnelle [...] correspond de plus en plus à la représentation que les francophones se font de leur autonomie au sein du Canada » (*ibid.* : 59). Comme le souligne Foucher, la complétude institutionnelle possède une utilité normative certaine pour penser l'autonomie des FHQ : « Les minorités francophones du Canada étant généralement très dispersées sur tout le territoire du pays, sauf en certains endroits bien délimités, ce concept leur permet de normaliser l'usage de leur langue en lui procurant non seulement un statut, mais aussi une utilité sociale » (Foucher, 2012 : 91).

La possibilité d'une plus grande autonomie par l'entremise des institutions pour les FHQ a aussi été étudiée par Bourgeois (2007) dans le cadre de ce qu'il appelle le *nationalisme administratif*. Il étudie des institutions publiques, c'est-à-dire financées par les fonds gouvernementaux, gérées par et pour la population francophone du Nouveau-Brunswick – comme des conseils scolaires, conseils municipaux, conseils d'administration des services de santé. Selon Bourgeois, ce mode de gestion publique « *enable[s] the minority to adapt standard provincial services to its particular needs and values and provide[s] the minority with valuable institutions through which it can foster its national identity and projects* » (Bourgeois, 2007 : 643). Il reconnaît que l'implantation de ce type d'autonomie n'est viable que dans les régions où la population minoritaire est concentrée là où elle constitue la majorité dans une région donnée (*ibid.* : 645). Son application à l'ensemble des FHQ s'en retrouve donc limitée.

Enfin, Léger (2015) s'inscrit dans un courant à part en pensant l'autonomie des FHQ par le moyen du concept d'*habilitation*, qu'il puise des domaines du travail social et de la psychologie communautaire. Léger applique l'habilitation aux FHQ et la définit, dans cette optique, comme une notion proche de l'*empowerment*, qui « conjugue *pouvoir* et *aspirations* »²² (Léger, 2015 : 12) pour les communautés, soit « l'exercice d'un plus grand contrôle sur les choses que ces dernières considèrent importantes; le gain de pouvoir cherche ici à rendre compatibles leur réalité avec leurs aspirations » (*ibid.*). Selon Léger, cette notion représente bien les revendications des FHQ et permettrait de guider la mise en œuvre des obligations gouvernementales à l'égard des minorités de langue officielle, afin « de favoriser l'épanouissement des francophones en situation minoritaire et d'appuyer leur développement » (*ibid.* : 17). L'argument de Léger se veut prescriptif, proposant que le gouvernement : i) mette en

²² En italiques dans le texte.

œuvre une « véritable gouvernance communautaire » (*ibid.*) où des individus élus par la communauté gèreraient une enveloppe budgétaire qui leur permettrait de mener à bien les aspirations communautaires, ii) procède à la dévolution de certains pouvoirs, dans des domaines importants pour les FHQ, vers des organismes communautaires, et iii) crée des quotas de représentation des FHQ dans certaines institutions gouvernementales dont le rôle touche de près la vie des communautés (*ibid.*). Le modèle de gouvernance scolaire en milieu minoritaire est selon lui le meilleur modèle existant de l'habilitation des FHQ à ce jour, et il devrait être émulé dans d'autres domaines (*ibid.* : 18).

En somme, nous observons que depuis les années 1970, les chercheurs s'intéressant à l'autonomie des FHQ ont tenté de formaliser les revendications provenant des milieux communautaires et de les traduire dans des normes favorables à leur plus grande autonomie. Dans un premier temps, durant les années 1970 et 1980, le débat sur l'autonomie des FHQ a pris place dans le sillon des recherches dans le domaine de la sociologie. Dans un deuxième temps, à partir de la décennie 2000, ce débat est réapparu dans les disciplines de la sociolinguistique et de la théorie politique. Les chercheurs ont alors tenté d'entrer en dialogue avec les traditions libérale et communautarienne de reconnaissance des minorités (avec des résultats parfois mitigés), mais semblent avoir fait peu de cas de la tradition républicaine. Malgré leurs ancrages théoriques divergents, plusieurs d'entre eux s'inspirent, du moins en partie, de la notion de complétude institutionnelle de Breton. Tous semblent d'accord sur l'importance d'une réflexion sur un type d'autonomie qui pourra varier entre les différentes communautés francophones, selon leurs capacités et leurs aspirations propres, mais qui souligne l'importance de doter la minorité d'institutions.

Alors qu'aux balbutiements des demandes d'autonomie des FHQ, durant les années 1970, ces revendications visaient les gouvernements (et en particulier le gouvernement fédéral), à partir de 1982, les FHQ ont commencé à emprunter de plus en plus souvent la voie judiciaire afin de faire entendre leurs préoccupations. Se pose alors la question à savoir si le cadre juridique canadien a été en mesure de répondre aux demandes d'autonomie des FHQ.

Les droits linguistiques au Canada comprennent-ils un droit à l'autonomie pour les francophones hors Québec?

Selon Bastarache (2015 : 3), les droits linguistiques au Canada datent de l'époque coloniale, et les droits qui ont été enchâssés dans la Constitution en 1867 étaient le reflet de ces premières

dispositions. Ces droits limités cherchaient surtout à établir la paix sociale entre le Québec et le reste du pays nouvellement constitué après une période politique particulièrement houleuse; les minorités francophones des autres provinces ne bénéficiaient alors d'aucune protection (*ibid.*). Il faudra attendre jusqu'en 1969 pour que les premières lois linguistiques canadiennes soient adoptées, soit la *Loi sur les langues officielles (LLO)* au palier fédéral et sa contrepartie néo-brunswickoise. Dans les faits, ce n'est toutefois qu'avec l'adoption de la *Charte*, en 1982, que des droits protégeant spécifiquement les minorités de langue officielle sont promulgués (*ibid.* : 5).

Les écrits montrent que deux grandes raisons politiques ont motivé l'adoption de la *Charte* par le gouvernement canadien. Dans un premier temps, pour Bastarache, le Canada veut participer au « mouvement général de 'judiciarisation' des principes contenus dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme* » (Bastarache, 2007a : 309). Dès les années 1950, le projet d'une *Charte* canadienne devient de plus en plus populaire, tant dans les milieux juridique que politique (Russell, 1983 : 31). Une raison expliquant cette popularité est liée au mouvement général d'ouverture à la logique des droits de la personne sur le plan international; une autre raison découle du contexte politique canadien. D'une part, comme l'explique Russell, « *[t]he prime stimulus of this discussion was international – the concern for human rights arising from the war against fascism* » (*ibid.* : 33). D'autre part, l'initiative du Canada emboîtait le pas à une tendance plus large cherchant à mettre en place la « culture des droits fondamentaux [...] rappelant celle qui prévaut aux États-Unis, [mais qui] s'insère tout aussi bien dans la tradition de la common law, qui privilégie le droit fait par les juges et ne craint pas l'intervention judiciaire dans le domaine des libertés publiques » (Foucher, 2005 : 142).

Dans un deuxième temps, pour Michael Mandel (1994 : 36), peu importe que le projet de la *Charte* ait été présenté à la population canadienne comme un grand projet humaniste et démocratique, il reste que son ambition première était de combattre le nationalisme indépendantiste québécois. En effet, se faisait ressentir à l'époque le besoin d'un projet politique renforçant l'unité nationale alors que cette dernière était en crise (Russell, 1983 : 31). Depuis la Commission Laurendeau-Dunton, il ne faisait plus de doute que le système fédéral canadien n'en faisait simplement pas assez pour répondre aux doléances des Canadiens français, en particulier des Québécois au nationalisme provincial florissant. La preuve était assez évidente, ne serait-ce qu'au niveau électoral. Déjà, dès 1960, le gouvernement libéral de Jean Lesage se fait élire grâce

au slogan « Maîtres chez nous » et obtient le mandat de négocier un statut spécial pour le Québec au sein de la fédération canadienne – envoyant le message que le *statu quo* n'était plus une option viable pour les Québécois. Une décennie plus tard, dans la foulée de la Révolution tranquille et des espoirs auxquels elle n'aura pas réussi à répondre (notamment l'avènement d'une meilleure situation économique pour les Québécois francophones), le gouvernement du Québec adoptait la Loi 22, faisant du français la langue officielle du Québec. En 1976, l'élection de René Lévesque et du Parti Québécois, organisation politique ouvertement indépendantiste, à la tête de la province, fait monter la pression d'un cran. En 1977, l'adoption de la *Charte de la langue française (CLF)* renforce les dispositions de la Loi 22, allant du coup à l'encontre de l'article 133 de la Constitution, ce que n'ont pas manqué de noter les Anglo-Québécois, qui se tourneront vers les tribunaux pour obtenir justice. Il devenait de plus en plus évident qu'une réforme constitutionnelle était nécessaire pour calmer la crise.

Selon Russell (1983 : 32), « *if constitutional reform was to be seriously pursued, it was essential that Quebec's demands be countered by proposals designed to have a unifying effect on Canada* ». Trudeau, à la suite des recommandations de la Commission Laurendeau-Dunton, choisit le bilinguisme institutionnel d'un océan à l'autre, cherchant à démontrer que les Canadiens français étaient chez eux au Canada. Ce bilinguisme devait, pour Trudeau, prendre la forme de droits linguistiques et de droits à l'enseignement dans la langue de la minorité, tant pour les minorités francophones hors Québec que la minorité anglophone du Québec, enchâssés dans la Constitution (Mandel, 1994 : 20). La *Charte* reconnaît l'égalité de droits et privilèges du français et de l'anglais dans les institutions gouvernementales, parlementaires et dans les tribunaux fédéraux et de la province du Nouveau-Brunswick (articles 16 à 20). Elle enchâsse aussi le droit des parents de langue officielle en situation minoritaire à l'instruction de leurs enfants dans « la première langue apprise et encore comprise » ou dans la langue dans laquelle ils ont reçu leur éducation primaire, « là où le nombre le justifie », à même les fonds publics (article 23). Ces droits venaient s'ajouter à ceux reconnus par la *Loi sur les langues officielles (LLO)*, adoptée par le gouvernement fédéral en 1969. Or, aucun des droits reconnus aux minorités de langue officielle ne parle de façon explicite d'autonomie.

Néanmoins, Bastarache propose une définition des droits octroyés aux communautés minoritaires francophones comme étant des droits « fondamentaux ». Comme il l'explique, la *Charte* est l'expression canadienne des principes de justice naturelle animant les droits

fondamentaux (Bastarache, 2007b : 736). Les droits linguistiques retrouvés dans la Constitution canadienne sont, de la même manière, l'expression canadienne des droits fondamentaux. « Il est donc possible d'affirmer que les droits linguistiques sont, au Canada, des droits fondamentaux même s'ils se distinguent des droits de la personne généralement reconnus dans les grandes conventions internationales » (*ibid.* : 741). Or, pour Thériault, les droits linguistiques ne peuvent être fondamentaux, car ils ne sont pas intrinsèques, c'est-à-dire qu'on ne peut les comprendre qu'à l'intérieur d'un contexte politique, voire d'un régime politique particulier. « Ils ne sont pas des droits de l'Homme qui énoncent une reconnaissance universelle. [...] C'est parce que les droits linguistiques renvoient à des reconnaissances politiques acquises de la part de communautés linguistiques que celles-ci ont des droits » (Thériault, 2009 : 48-49). MacMillan (1998), pour sa part, préfère donner aux droits linguistiques le statut de droits « quasi fondamentaux ». En théorie, la reconnaissance forte d'une langue, revendiquée selon lui par le caractère « fondamental » du droit linguistique, empièterait sur les droits d'une autre langue dans un contexte bilingue ou multilingue. Ces droits ont historiquement évolué d'une compréhension reposant sur l'idée d'un « compromis politique » entre Canadiens français et Canadiens anglais vers une compréhension reposant sur les droits de l'Homme. L'adoption de la *Charte*, en 1982, constituerait l'apogée de cette évolution.

Selon Cardinal (2015 : 35), depuis l'adoption de la *Charte*, l'évolution du régime linguistique canadien a surtout été le fait des tribunaux canadiens et moins des législateurs. L'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution canadienne a eu comme effet d'accélérer la judiciarisation du débat sur les langues officielles au pays. Par « régime linguistique », Cardinal (2015) entend les représentations et les usages de la langue au sein d'une société donnée. Au Canada, le régime linguistique repose sur les traditions du compromis politique et le fédéralisme. Ces traditions guident la représentation de la langue comme une caractéristique fondamentale de la société canadienne, mais dans les limites du fédéralisme canadien. En raison de la dépendance du régime linguistique canadien sur ces traditions, les FHQ ont pris la voie des tribunaux à un moment où la voie politique traditionnelle (comme la représentation électorale et le lobbying) commençait à démontrer des limites pour l'avancement de leurs revendications (Doucet, 1995). Le manque de compromis ou de bon vouloir de la part de certains gouvernements provinciaux de protéger et promouvoir les droits linguistiques a poussé les communautés francophones à se tourner vers le judiciaire (Foucher, 2000 : 146; Kelly, 2005; Normand, 2013). Malgré l'action

continue des FHQ dans l'arène politique durant les négociations constitutionnelles menant au rapatriement, « la plupart de leurs revendications resteront lettre morte » (Normand, 2013). Le nouveau statut des FHQ en tant que groupe de la *Charte* a néanmoins « généré des attentes en matière de représentation, de reconnaissance et de participation [...] la *Charte* [*sic*] a été perçue à la fois comme une institution porteuse de symboles et de valeurs et comme une fenêtre d'opportunités politique [*sic*] » (Normand, 2013 : 180). La *Charte* représentait donc à la fois un élément de reconnaissance symbolique et un nouvel outil de mobilisation pour les FHQ à partir de 1982.

Par ailleurs, la judiciarisation de la question linguistique semble avoir été bel et bien voulue par le centre politique par la mise en place, dès 1978, du Programme de contestation judiciaire (PCJ). Les recherches de Cardinal (2000) démontrent que le PCJ fut créé par le gouvernement Trudeau afin de répondre à la crise politique qui risquait d'éclater suite à l'adoption de la *Charte de la langue française (CLF)* au Québec, qui allait, nous le rappelons, à l'encontre de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, en plus de susciter le tollé des communautés anglophones au Québec et à l'extérieur du Québec.

Ne pouvant utiliser son pouvoir de désaveu, au risque de provoquer une crise de légitimité encore plus grande au Québec, [le Premier ministre Trudeau] avalise la stratégie judiciaire. Il choisit de transférer aux tribunaux le conflit entre le gouvernement du Québec et la minorité anglophone et de créer des conditions favorables à une judiciarisation plus intense du débat linguistique (Cardinal, 2000 : 54-55).

Élargi en 1982 afin d'inclure les causes touchant aux articles 93 et 133 de la Constitution et aux articles 16 à 23 de la *Charte* (et à nouveau en 1985, lorsque l'article 15 de la *Charte* est entré en vigueur), le PCJ est jusqu'en 1984 un moyen, pour l'exécutif fédéral, de garder le contrôle sur le développement de la jurisprudence découlant de la *Charte* (*ibid.* : 58). Brodie, pour sa part, voit dans les litiges financés par le PCJ une « guerre de l'État avec lui-même » (Brodie, 2001 : 359) au lieu d'une guerre entre l'État et la société, comme Morton et Knopff (2000) le proposent. Hudon (2010) a effectué une étude importante du Programme de contestation judiciaire, démontrant comment la facilité accrue d'accès de certaines minorités aux tribunaux par l'entremise du PCJ a « permis de pallier à [*sic*] la faiblesse politique » (Hudon, 2010 : 8) de ces groupes. Parmi ces derniers, on retrouve les communautés francophones, qui ont fait particulièrement bon usage de l'occasion que leur offrait le PCJ (maintenant appelé le Programme d'appui aux droits linguistiques) afin de revendiquer le respect et l'élargissement des

droits linguistiques au Canada devant les cours. En effet, Hudon estime qu' « [e]ntre 1978 et 2006, le Programme aurait appuyé financièrement 255 litiges en matière de droits linguistiques » et « qu'un grand nombre de ces affaires n'auraient jamais été portées à l'attention des tribunaux sans l'aide du [PCJ] » (*ibid.* : 7). La grande majorité de cet appui financier est allée vers les litiges de droits scolaires, clarifiant la portée de l'article 23 de la *Charte* (*ibid.*).

Selon Hein (2000 : 5), les FHQ font partie d'un groupe plus large (rassemblant les Autochtones, les minorités touchées par la *Charte* – les « *Charter Canadians* » – et ce qu'il appelle les « *new left activists* ») qui sont parmi les groupes ayant le plus à gagner à se présenter devant les tribunaux, car ils détiennent là un potentiel réel d'influencer les politiques publiques.

These interests can be called judicial democrats because a provocative idea is embedded in their legal arguments and political appeals – judicial review can enhance democracy. Finding deficiencies that weaken our system of government, they believe that the courts should listen to groups that lack political power, protect vulnerable minorities and guard fundamental values [...] (ibid.).

Il est toutefois contesté, dans la littérature, que ce potentiel se soit effectivement réalisé, ou du moins qu'il ait pris la même ampleur pour tous les groupes vulnérables reconnus par la *Charte*. Smith (2005) démontre que l'avènement de la *Charte* a présidé au « *judicial empowerment* » du mouvement LGBT :

The process of judicial empowerment shaped the emerging lesbian and gay movement which was drawn into the process of litigation and into a rights-based legalized politics [...]. In turn, the legalized networks of lesbian and gay activism were successful in pushing the courts toward the recognition of rights claims (Smith, 2005: 328).

Lajoie, pour sa part, postule que ces mêmes mouvements sociaux (ainsi que les femmes) n'ont pas toujours réussi à faire reconnaître leurs valeurs, notamment l'*empowerment* chez les femmes (Lajoie et coll., 2000b) et l'autosuffisance chez les Autochtones (Lajoie et coll., 2000a) et les Québécois, à égalité avec celles de la majorité, car « les valeurs collectives qui dominent dans une société à un moment donné de son histoire orientent généralement le droit qui s'y produit » (Lajoie, 2002 : 27). Les observations de Lajoie sont corroborées par Denis (2009 : 208). La mobilisation judiciaire n'a pas donné les résultats escomptés pour tous les groupes minorisés.

Puisque les minorités de langue officielle ont été généralement écartées de la littérature sur l'activisme judiciaire et la mobilisation des groupes de la *Charte* jusqu'à maintenant, la question se pose à savoir à quel point les FHQ, pour leur part, ont eu du succès dans leurs demandes

d'autonomie devant les tribunaux. Foucher démontre qu'au-delà même de la judiciarisation de la politique, les litiges touchant aux droits linguistiques conservent un caractère profondément politique. La composante historique des droits linguistiques canadiens, tout comme le fait qu'ils sont immanquablement liés à la question de l'unité nationale, ont comme effet que « le processus d'élaboration des normes constitutionnelles en matière de droits linguistiques ne se produit pas dans le calme et la méditation, mais dans le bruit et les passions » (Foucher, 2000 : 135). Le flou existant toujours autour de la notion de minorité dans le droit international ou le fait que les droits linguistiques sont, de fait, des « droits créances » nécessitant une action positive de la part des gouvernements afin qu'ils prennent vie, alimentent ce phénomène (*ibid.* : 132). Dans la foulée de la judiciarisation de la question linguistique au pays, les juges ont répondu de façon généralement favorable aux minorités de langue officielle lorsque celles-ci se présentaient devant les tribunaux (Cardinal, 2015). Bien que l'intention première du législateur fût de nature libérale et individuelle, basée sur le « modèle personnaliste », Foucher observe que les tribunaux ont graduellement insufflé un principe collectif aux droits linguistiques canadiens, conformément aux aspirations des FHQ (Foucher, 2008a : 463). Comme le montre Richez (2014), les juges de la Cour suprême du Canada ont même contribué à marginaliser le Québec dans le cadre de leurs interprétations des droits linguistiques, au profit des minorités de langue officielle. En revanche, Foucher postule que la possibilité d'un droit à l'autonomie pour les FHQ, dans le cadre du régime linguistique canadien, est très limitée (2012). Selon ce dernier, cette possibilité répondrait à une forme de complétude institutionnelle qui passerait par « la création d'institutions spécifiques aux minorités et gouvernées par les représentants de celles-ci » (Foucher, 2012 : 94), mais ce droit resterait encore aujourd'hui en émergence et serait limité, dans plusieurs secteurs, à la « sphère administrative » (*ibid.*). En d'autres mots, l'interprétation que font les juges des droits linguistiques reste, encore aujourd'hui, contrainte par des éléments contextuels internes (Foucher, 2012) et externes (Cardinal, 2015) au droit.

En somme, les FHQ se sont tournés vers les tribunaux, et particulièrement la Cour suprême, de plus en plus souvent après 1982 afin d'obtenir une clarification de leurs droits linguistiques nouvellement enchâssés (Cardinal, 2015; Normand, 2012; 2013). Comme le suggère Foucher, « les communautés francophones et acadienne du Canada, forcées d'investir les tribunaux, y ont proposé une vision des droits linguistiques conforme à leurs aspirations » (Foucher, 2008a : 463). Ces aspirations prennent la forme, depuis les années 1970, d'un droit à

une autonomie vaste, entendue comme l'octroi de tous les pouvoirs nécessaires pour permettre le développement global des communautés, assorti d'un pouvoir de participation aux processus de décisions politiques (Normand, 2012). En outre, les juges canadiens ont fait preuve de leadership en matière de droits linguistiques et ont souvent été favorables aux doléances des minorités de langue officielle (Cardinal, 2015; Foucher, 2008a; Richez, 2014). Or, la possibilité d'octroyer aux FHQ un droit à l'autonomie dans le cadre du régime de droits linguistiques au Canada se limite, selon Foucher, à un droit à des institutions (Foucher, 2012 : 90).

Notre thèse participera à cette réflexion en cherchant à éclairer la façon dont les juges ont répondu aux aspirations d'autonomie des FHQ, par le moyen d'une étude des arrêts rendus depuis l'adoption de la *Charte* dans le domaine des droits linguistiques. Nous examinerons comment les juges, en particulier à la Cour suprême, ont été en mesure d'interpréter le droit linguistique canadien de manière à rendre possible la réalisation d'une plus grande autonomie au sein des milieux FHQ. Pour le dire autrement, comment le droit linguistique canadien s'est-il confronté aux aspirations d'autonomie des FHQ depuis 1982? Quelle *norme* d'autonomie peut-on extraire des jugements des tribunaux, en particulier de la Cour suprême du Canada? Dans la continuité des travaux de Cardinal (2015) et de Foucher (2012), nous soutenons l'hypothèse énoncée plus haut selon laquelle les juges ont été en mesure de répondre en partie aux aspirations des FHQ en matière d'autonomie, mais que cette dernière est contrainte par, ou dépendante, des traditions étatiques existantes, soit le compromis politique et le fédéralisme. Ces éléments contextuels qui guident la doctrine d'interprétation des droits linguistiques existante limitent la possibilité de faire avancer une norme d'autonomie par l'entremise du droit linguistique. Les juges chercheront à réinterpréter ces contraintes en vue de faire progresser les droits linguistiques en faveur d'une plus grande égalité entre le français et l'anglais. Nous tenterons de montrer comment on peut traduire ce type de progression graduelle dans le vocabulaire de l'autonomie eut égard aux FHQ. Ce travail nous permettra, par la suite, d'effectuer un retour sur le débat sur l'autonomie des FHQ au sein des sciences sociales afin d'y ajouter la contribution du droit.

Chapitre 2

Cadre théorique et méthodologique

Comme nous l'avons annoncé en conclusion du dernier chapitre, ce projet de recherche porte sur la façon dont les juges, et particulièrement les juges de la Cour suprême du Canada, ont interprété les droits linguistiques des FHQ au Canada depuis 1982. Plus précisément, en analysant cette jurisprudence, notre thèse cherche à extraire des avancées du droit linguistique des éléments favorables à l'autonomie des FHQ. Cette question de recherche nous a conduit, au chapitre 1, à nous positionner dans le débat normatif portant sur les droits des minorités afin d'y insérer les FHQ. Nous avons aussi étudié le débat sur l'autonomie des FHQ, les solutions proposées par les chercheurs ainsi que le contexte dans le cadre duquel les FHQ ont commencé à mobiliser les tribunaux afin de faire entendre leurs revendications dans nombre de domaines, comme l'éducation, la justice et les services gouvernementaux. En outre, les réponses mitigées des tribunaux canadiens aux demandes de reconnaissance d'autres groupes de la *Charte* nous incitent à interroger la façon dont les revendications des FHQ, pour leur part, ont été reçues par les juges.

Notre thèse étudie la jurisprudence canadienne dans le domaine des droits linguistiques afin de réaliser cet objectif. Elle invite aussi, comme nous l'avons abordé au chapitre 1, à approfondir la question des conditions d'énonciation d'une norme d'autonomie à partir des arrêts rendus par les juges. Dans le cadre de leur ouvrage, Cardinal et Sonntag (2015) proposent une approche inspirée de l'institutionnalisme historique afin de mieux comprendre comment les États font des choix dans le domaine de la langue. En mobilisant les notions de dépendance au sentier et de jonctions critiques, elles montrent comment les politiques linguistiques sont influencées par les traditions étatiques existantes. Pour sa part, Cardinal (2015) considère que le régime linguistique canadien repose sur les traditions du fédéralisme et du compromis politique, traditions qui guident les politiques linguistiques canadiennes. Elle suggère que depuis 1982, ce sont les tribunaux qui influencent les choix de politique linguistique au Canada. La tradition du fédéralisme est une tradition institutionnelle au Canada, sur laquelle repose, entre autres, le partage des compétences entre deux ordres de gouvernement. En matière linguistique et culturelle, comme l'explique Foucher, ce partage des compétences est attribué de manière *ad hoc*, c'est-à-dire dans le cadre des juridictions propres à chaque ordre gouvernemental : « Chacun peut régir le statut des langues en tant qu'accessoire d'une compétence principale [...]. Chacun peut aborder la culture, qui n'est pas une matière mais un agrégat vaste et informe, sur la base

d'aspects qui le concernent » (Foucher, 2008b : 275). Cette tradition contextualisera les droits linguistiques universels (et notamment les droits dans le domaine scolaire, une compétence provinciale) retrouvés dans la *Charte*. La tradition du compromis politique, pour sa part, est pour Cardinal une tradition normative représentant « *a specific practice of brokerage politics or elite accommodation which enables the country to evolve or transform itself incrementally. Bilingualism, religious minority rights and language rights [...] are informed by the need for political compromise* » (Cardinal, 2015 : 36). Ce compromis n'est d'ailleurs pas étranger au fédéralisme : pour Cardinal, le système fédéral canadien représente en soi un compromis politique, à la fois entre provinces fondatrices et entre peuples fondateurs, et ce compromis a, depuis la Confédération, guidé l'interprétation de la constitution canadienne (*ibid.*). Or, nous chercherons à voir, dans la jurisprudence, comment les juges ont eux-mêmes défini ces traditions et comment elles ont conditionné leur représentation des droits linguistiques. Autrement dit, à la suite de Cardinal (2015), nous postulons que l'interprétation des droits linguistiques par les tribunaux s'inscrit dans le contexte particulier caractérisé par ces traditions étatiques. Notre hypothèse est que ces traditions exercent aussi un effet de dépendance au sentier sur les interprétations des juges et la possibilité de faire avancer la norme d'autonomie pour les FHQ. Ainsi, nous pensons que l'institutionnalisme historique nous permettra d'étudier la jurisprudence sous ce nouvel angle, en observant la façon dont les juges se sont représenté ces traditions et comment ces dernières ont contextualisé leur interprétation des droits linguistiques. Nous avons choisi de combiner les outils de l'approche historico-institutionnelle avec ceux de l'herméneutique gadamérienne afin d'être en mesure d'extraire ces représentations véhiculées par les juges dans la jurisprudence, dans le but d'offrir une approche complémentaire aux études s'intéressant aux caractéristiques personnelles des juges.

Dans un premier temps, nous effectuerons un tour d'horizon des différentes approches théoriques mobilisées dans les études portant sur la judiciarisation de la politique au Canada depuis 1982. Nous verrons que la plupart des chercheurs s'inscrivent dans des approches rationalistes qui instrumentalisent le pouvoir des juges et font fi des institutions. C'est pourquoi dans un deuxième temps, nous nous tournerons vers les recherches se réclamant de l'institutionnalisme afin de déterminer les avancées et les écueils dans cette littérature. Nous reprenons les travaux de Jenson (1989; 2013) eut égard à la question des représentations, que nous reprendrons à notre compte. Dans notre thèse, nous étudierons les représentations que les

juges se font des droits linguistiques en les resituant dans leur contexte institutionnel. Nous expliquerons aussi l'utilisation que nous ferons des concepts de dépendance au sentier et de jonction critique ou points tournants. En troisième lieu, nous expliquerons pourquoi nous avons choisi l'herméneutique gadamérienne comme outil méthodologique pour analyser la jurisprudence de droit linguistique, et comment nous comptons arrimer ces résultats d'analyse avec l'institutionnalisme historique afin de mettre en lumière les effets du contexte particulier dans le cadre duquel les juges interprètent les droits linguistiques. Finalement, nous discuterons des contributions et des limites de notre recherche.

Les approches théoriques aux études sur la branche judiciaire depuis l'adoption de la Charte

Comme nous le rappelions en introduction de la thèse, il est aujourd'hui un fait reconnu que l'adoption de la *Charte* a modifié le rôle des juges au sein du système politique canadien. La possibilité, pour les juges, de participer à l'énonciation de la norme au lieu de simplement appliquer la norme énoncée par le législateur, est devenue, à partir de l'adoption de la *Charte*, d'autant plus effective. Par surcroît, Mandel explique que la *Charte* a politisé davantage le rôle des juges : « *[I]t is undeniable that the Charter is deeply 'politicizing' the judiciary [...]. It is bringing judges into the thick of political controversies, forcing them to confront major social issues head on* » (Mandel, 1994 : 49). Autrement dit, les juges, en particulier ceux de la Cour suprême, grâce à la force symbolique de leur statut, ont vu s'accroître la possibilité de prendre un rôle en tant qu'agents de changement politique (Lajoie et Bernier, 1986). Le processus de révision judiciaire est en grande partie responsable de cette évolution. Il est aujourd'hui une donnée essentielle afin de comprendre les rapports entre les branches législative et judiciaire au Canada. L'intervention accrue des juges dans certains domaines, par l'entremise de ces nouveaux pouvoirs qui s'offraient à eux suite à l'amendement constitutionnel, a été qualifiée dans la littérature d'« activisme judiciaire »²³.

²³ Le débat sur l'activisme judiciaire existe aux États-Unis depuis l'adoption de la Constitution et surtout du *Bill of Rights*, dont le processus de révision judiciaire était vu comme sa partie la plus importante (Mandel, 1994 : 7). Toutefois, au Canada, le processus de révision judiciaire (duquel découle l'activisme judiciaire) a toujours été perçu comme un élément moins problématique que chez nos voisins du sud, pour des raisons historiques et institutionnelles. Parmi ces raisons, Manfredi (2001 : 12) mentionne le système fédéral et la division des pouvoirs qu'elle implique, l'article 52(1) de la Constitution de 1982 stipulant la suprématie constitutionnelle, et la

Dans le champ des études portant sur la branche judiciaire au Canada depuis l'avènement du phénomène de la judiciarisation de la politique, on constate que les chercheurs mobilisent plusieurs cadres théoriques. En premier lieu, une partie de la littérature s'inspire des études psychologisantes, très répandues aux États-Unis, portant sur l'étude des décisions des juges. Au Canada, Ostberg et Wetstein (2007) ont tenté de produire un modèle permettant de prédire les décisions de la Cour suprême. Leurs travaux portent sur l'influence de l'idéologie politique personnelle des juges sur leurs décisions. Cette approche sied toutefois mal aux tribunaux canadiens. Comme l'expliquent Ostberg et Wetstein (2007 : 4), « *patterns of ideological decision making in the Canadian Supreme Court have more complex, nuanced, and less polarized characteristics than the patterns found in its southern counterpart* ». Le processus de nomination des juges canadiens fonctionnant différemment qu'aux États-Unis et l'idéologie des juges étant moins évidente, les résultats découlant des études idéologiques tentant de prédire les décisions des juges sont moins concluants.

Un autre pan de la littérature sur la judiciarisation repose sur les postulats de l'économie politique. L'article maintenant classique du juriste américain Galanter, « *Why the 'Haves' Come Out Ahead : Speculations on The Limit of Legal Change* » a fait œuvre pionnière au sein de cette approche. Il explique, sur la base d'une étude longitudinale, « *the way in which the basic architecture of the legal system creates and limits the possibilities of using the system for redistributive change* » (Grossman, Macaulay et Kritzer, 1999 : 803). Autrement dit, Galanter démontre que l'institution judiciaire est reproductrice d'avantages inhérents aux classes sociales supérieures (les « *haves* », à l'opposé des « *have-nots* »), peu importe le milieu (Galanter, 1974 : 124). Il propose, notamment, que « *[g]reater institutional 'activism' might be expected to reduce advantages of party expertise and of differences in the quality and quantity of legal services* » (*ibid.* :140). Au Canada, Petter a effectué un travail similaire. Il postule que le favoritisme émanant des tribunaux canadiens, depuis l'adoption de la *Charte*, va dans le sens des mieux nantis de la société canadienne, c'est-à-dire ceux qui auraient les moyens effectifs de mobiliser les tribunaux (Petter, 2010 : 24-26).

souveraineté partielle du Parlement canadien, ce dernier ayant été soumis en partie à Westminster. Avant que la Cour suprême ne devienne le plus haut tribunal au pays en 1949, les Canadiens s'en remettaient en dernière instance au Comité judiciaire du Conseil privé de Londres. D'ailleurs, ce dernier a influencé la nature du fédéralisme canadien en élargissant les pouvoirs des provinces (Manfredi, 2001 : 13). La révision judiciaire a donc, en quelque sorte, fait partie du paysage politique canadien depuis la Confédération.

Mandel (1994) et Hirschl (2000; 2008), pour leur part, postulent que la *Charte* a, au final, surtout servi l'élite politique et économique canadienne dans l'imposition de ses normes, au détriment, notamment, des forces nationalistes québécoises. Hirschl (2000 ; 2008) effectue une analyse des élites, selon laquelle la judiciarisation du pouvoir a eu lieu avec l'assentiment de la sphère politique, ou ce qu'il a appelé « *judicialization-from-above* » (Hirschl, 2008 : 93). Cette observation est corroborée par Kelly, citant le Premier ministre à l'époque de l'adoption de la *Charte*, l'Honorable Pierre Elliot Trudeau, à l'égard des droits linguistiques : « *Trudeau considered judicial activism necessary to ensure greater protection for language rights and 'long realized that he would need to enlist the courts as allies'* » (Kelly, 2005 : 12). Les droits touchant à l'éducation dans la langue de la minorité, en particulier, auraient été délibérément retirés de l'arène politique par les éminences grises de la *Charte*, ces derniers souhaitant remettre cet enjeu entre les mains des juges. Le ministre de la Justice à l'époque, Jean Chrétien, corroborait cette stratégie :

The courts will decide and it would be out of the political arena, where the matter is sometimes dealt with by some people who do not comprehend or do not want to comprehend.

I think we are rendering a great service to Canadians by taking some of these problems away from the political debate and allowing the matters to be debated, argued, coolly before the courts with precedents and so on.

It will serve the population, in my judgement very well (Chrétien, cité dans : Kelly, 2005 : 94).

Les travaux de Radmilovic (2010), de leur côté, étudient comment les juges ont cherché à renforcer leur légitimité et ont « profité » de la possibilité, offerte par l'adoption de la *Charte*. Il veut comprendre comment les juges se sont arrogés plus de pouvoir au sein du système politique par l'entremise de certaines décisions clés, notamment le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*.

L'adoption de la *Charte* a aussi été l'élément déclencheur dans la production de recherches dans le sillon de la « théorie du dialogue démocratique » et de « l'interprétation constitutionnelle coordonnée ». Ce corpus observe le changement institutionnel apporté par l'adoption de la *Charte* (et du pouvoir de révision judiciaire qu'elle confère aux juges) et la répartition du pouvoir subséquente entre les différentes branches de l'État. Hogg et Bushell, dans leur article phare « *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)* », répondent aux critiques de ce nouveau

pouvoir (considéré antidémocratique) des juges en rappelant les barrières institutionnelles au despotisme des juges, dont les articles 1 et 33 de la *Charte*. Ils proposent qu'une discussion ou un « dialogue » prenne place entre les tribunaux et les législateurs sur certains sujets contentieux à l'égard des droits et libertés des citoyens :

[t]he Charter can act as a catalyst for a two-way exchange between the judiciary and legislature on the topic of human rights and freedoms, but it rarely raises an absolute barrier to the wishes of democratic institutions. [...] Accordingly, the "dialogue" to which this article refers consists of those cases in which a judicial decision striking down a law on Charter grounds is followed by some action by the competent legislative body (Hogg et Bushell, 1997: 81-82).

Les deux auteurs reconnaissent toutefois que leur définition de ce qui constitue (ou ne constitue pas) une instance de dialogue peut être sujet à débat (*ibid.* : 98). La théorie du dialogue a suscité un grand débat parmi constitutionnalistes et politologues. Elle fut notamment remise en question par Manfredi et Kelly, selon lesquels il existerait six différents degrés de dialogue entre les cours et les législateurs. « *These responses range from no legislative sequel at all, to the amendment of offending sections of impugned statutes by elected officials. These six degrees of dialogue can be further classified as either positive or negative* » (Manfredi et Kelly, 1999 : 520). Seules les réponses « positives » à la révision judiciaire devraient, selon eux, compter comme des cas de dialogue. Hogg et Thornton répondront la même année à cette critique en réaffirmant que leur définition d'un dialogue correspondait à la possibilité, pour les législateurs, de répondre d'une quelconque façon aux décisions des cours, et que celles-ci n'avaient donc pas nécessairement le dernier mot (Hogg et Thornton, 1999 : 532). Ils se défendront d'ailleurs encore, presque dix ans plus tard, d'avoir voulu apposer à la notion de dialogue un quelconque contenu normatif, disant avoir préféré s'en tenir à la description (Hogg, Thornton et Wright, 2007 : 26).

F.L. Morton publie aussi à la même époque un court article intitulé « *Dialogue or Monologue?* », qui remet en question la définition qu'offrent Hogg et Bushell du dialogue. Il souligne la force de la suprématie du judiciaire dans le cadre parlementaire canadien et l'importance des coûts politiques, pour un gouvernement, de répondre aux décisions des cours (notamment par l'utilisation de la disposition de dérogation, communément appelée « clause nonobstant »). Le dialogue entre cours et législateurs serait, pour Morton, un monologue, « *with judges doing most of the talking and legislatures most of the listening. [...] When the issue in play is cross-cutting and divides a government caucus, the political incentive structure invites*

government leaders to abdicate responsibility to the courts » (Morton, 1999 : 26). Dans cette optique, la révision judiciaire est responsable de nouveaux *statu quo* politiques.

Petter, pour sa part, souligne la force relative des décisions des cours sur le système parlementaire canadien, notamment par l'utilisation de moins en moins fréquente (jusqu'à quasi-désuétude) de la clause dérogatoire par les gouvernements suite à une révision judiciaire. « *Given that section 33 was part of the original Charter bargain, the degree of political resistance that has built up to its use provides a powerful indicator of the dominance of legalism over democracy in the realm of Charter decision making* » (Petter, 2007 : 161). À cette critique, Hogg, Thornton et Wright répondront qu'ils reconnaissent effectivement la suprématie judiciaire sur les interprétations de la *Charte*, mais non sur la formulation des politiques qui en découlent. Ils iront même jusqu'à dire qu'ils ne croient pas au monopole du judiciaire sur les interprétations correctes de la *Charte* (Hogg et coll., 2007 : 32).

Bien qu'une loi puisse être abrogée par les tribunaux, les élus ont toujours la possibilité d'adopter une nouvelle loi reprenant l'esprit de la loi abolie ou simplement afin de maintenir celle-ci, et ce, grâce à quelques mécanismes juridiques qui s'offrent à eux au sein même de la Constitution canadienne. La disposition de dérogation est l'un de ces mécanismes. Par ailleurs, Roach souligne que le dialogue démocratique ne se limite pas aux interlocuteurs que sont les juges et les législateurs. Il voit dans le nouveau rôle des juges un contrepoids nécessaire aux élans majoritaires de la branche législative, reflétant les valeurs canadiennes :

Critics of judicial activism should not be allowed to use the vulnerability of the Court in a populist age to rewrite Canadian history and to recast Canadian democracy in a purely majoritarian light that fails to explain other fundamental aspects of our society, including federalism, minority rights, and the common law (Roach, 2001 : 223).

Reprenant les observations d'Alexander Bickel, il explique qu'il existe d'autres participants au dialogue : « *The Court 'interacts with other institutions, with whom it is engaged in an endlessly renewed educational conversation [...] And it is a conversation, not a monologue'. Bickel believed in dialogue between the Court, the legislature, and the people* » (Roach, 2001 : 246).

Cette idée sera reprise par Grégoire Webber :

While the focus of dialogue [...] has been on the court-legislature²⁴ relationship, other potential interlocutors could be imagined. For as soon as judicial supremacy over constitutional meaning is challenged, the role of its executive, court

²⁴ En italiques dans le texte original.

claimants, the public service, and members of society – including academics who regularly comment on court developments – could be conceived as part of a dialogue (Webber, 2009 : 445).

La métaphore du dialogue est aussi reprise dans le cadre de l'évolution du droit linguistique. En 2007, dans le cadre de la parution du *Osgoode Hall Law Journal* faisant en quelque sorte hommage aux avancées intellectuelles sur l'activisme judiciaire qu'a permise la théorie du dialogue, Hogg, Thornton et Wright font état de l'utilisation, dans certains jugements, dont le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba* et *Doucet-Boudreau*, qui sont d'un intérêt primordial pour nous, de la métaphore du dialogue. Foucher a déjà repris la métaphore afin de l'appliquer au processus de formulation du droit linguistique canadien, soulignant qu'« [u]ne victoire d'une minorité linguistique devant un tribunal est loin de clore le débat. Elle confère une position de négociation enviable » (Foucher, 2000 : 136). En d'autres mots,

[l]e processus judiciaire est lui-même un dialogue autour de normes et de leur application; ses diverses étapes [...] conduisent les parties, les communautés, les politiques et les bureaucrates intéressés par la question à l'explorer et en débattre rationnellement et, quand la réponse ultime est donnée [par la Cour suprême], elle ne représente au fond qu'une étape dans une relation continue entre les représentants de la communauté linguistique et ceux de l'État (Foucher, 2008a : 502).

Les tenants de l'interprétation constitutionnelle coordonnée, pour leur part, proposent que chaque branche de l'État (l'exécutif, le législatif, et le judiciaire) doive fonctionner en conséquence de l'interprétation qu'elle donne au pouvoir que leur confère la Constitution. Cette interprétation a lieu sur la longue durée et met en lumière le rapport d'interdépendance entre les trois branches dans l'interprétation de la Constitution (Baker, 2010 : 4; voir aussi Hiebert, 2002). Cette interprétation va à l'encontre des théories proposant la suprématie politique soit des tribunaux, soit de la législature (Baker, 2010 : 146).

Finalement, le courant des *Legal Mobilization Studies (LMS)* tente de mettre en lumière la façon dont certains acteurs minoritaires bien organisés ont mobilisé les tribunaux à leur avantage, ces derniers devenant un moyen parmi d'autres de faire avancer leurs intérêts (Zemans, 1983). Dans cette catégorie, nous retrouvons notamment les travaux de Lajoie (2002; 1997). Lajoie a démontré que les juges, comme les législateurs, participaient surtout à confirmer des valeurs majoritaires de la société dans leurs décisions afin de protéger leur légitimité face à ses différents auditoires : « l'auditoire universel formé des parties, de leurs avocats, des médias, et de la

population en général, axé sur la décision individuelle; et l'auditoire spécialisé que forme la communauté juridique » (Lajoie et coll., 1994 : 300). Ils étaient réticents à reconnaître certaines valeurs minoritaires. Toutefois, pour Lajoie, tel n'était pas toujours le cas et il arrivait parfois « que des valeurs non dominantes soient entérinées dans le droit, dont notamment, au Canada, celles des gais et lesbiennes, des femmes et des Autochtones » (Lajoie, 2002 : 15). Ces groupes participent ainsi selon Lajoie à la création d'un nouveau consensus autour de certaines valeurs communes à la communauté politique canadienne. Or, ces valeurs entérinées par le droit sont « surdéterminées » par le discours des juges, dont l'effet est non seulement sur les textes de loi interprétés dans ce discours, mais sur le monde « réel » (Lajoie, 1997 : 98).

Lajoie procède par le moyen d'une analyse herméneutique des discours des deux parties en cause, soit les groupes minorisés touchés par son étude, d'une part, et les juges, de l'autre. Son processus herméneutique est dirigé par l'hypothèse selon laquelle l'arène judiciaire devient un lieu d'action politique utilisé par les groupes lorsque ceux-ci croient que ce sera à leur avantage. Elle analyse par ailleurs les décisions de la Cour suprême répondant aux doléances de chaque groupe minorisé étudié afin de « repérer les valeurs qui les fondent ou en sont écartées, de manière à vérifier ensuite dans quelle mesure elles intègrent au droit les valeurs » (*ibid.* : 583) portées par le groupe en question.

En résumé, l'approche psychologisante de Ostberg et Wetstein cherche à produire un modèle prédisant les décisions des juges, avec des résultats mitigés. Mandel, Hirschl et Radmilovic ont présenté les utilisateurs du système judiciaire ainsi que les juges dans une lumière calculatrice. La théorie du dialogue, pour sa part, s'est révélée difficile à opérationnaliser, comme le démontre la myriade de critiques à son égard. Finalement, l'approche de Lajoie est axée sur les valeurs et ses postulats reposent principalement sur la rationalité des acteurs. Toutes ces approches prêtent le flanc à la même critique, soit qu'elles ne prennent pas en compte l'effet des institutions sur le phénomène de la judiciarisation ou sur le comportement des acteurs. C'est pourquoi nous nous tournons maintenant vers les auteurs mobilisant l'institutionnalisme dans leur étude de la judiciarisation.

L'approche institutionnaliste à l'étude de la branche judiciaire en politique canadienne

L'institutionnalisme est une approche théorique qui s'intéresse à « l'influence des institutions sur les phénomènes sociopolitiques » (Lecours, 2002 : 3), ou autrement dit, qui postule l'importance de facteurs institutionnels pour comprendre les changements politiques. C'est une approche

classique en science politique au Canada, en particulier au Canada anglais (Smith, 2002). Bien qu'il n'ait jamais réellement perdu la faveur de ces politologues, l'institutionnalisme a été mis de côté, en particulier dans les recherches américaines, à partir des années 1960-1970, alors que les approches behavioriste, systémiste et de choix rationnel gagnaient la faveur des chercheurs. On reprochait alors au caractère descriptif de l'institutionnalisme « classique » de manquer de capacité explicative et de laisser peu de place à l'autonomie des acteurs (Lecours, 2002 : 3). Cette approche a toutefois réussi à faire un retour en force en science politique de façon plus générale, et surtout en politique comparée, depuis les années 1980, et a donné lieu au néo-institutionnalisme (*ibid.*). Selon Lecours (*ibid.* : 4), le néo-institutionnalisme part de la prémisse ontologique de la coexistence d'acteurs et d'institutions, les actions des premiers étant conditionnées par le contexte créé par leur environnement institutionnel. Cette approche tire son origine dans les travaux d'Evans, Rueschemeyer et Skocpol (1985), qui plaidaient pour un retour à l'étude de l'État, dont ils postulaient l'autonomie relative.

Dans le cadre des recherches sur le judiciaire au Canada, l'institutionnalisme a inspiré les études de Cairns (1988; 1992) et Russell (1983), pour qui l'adoption de la *Charte* a eu l'effet d'une crise ou d'un point tournant remettant en question l'ordre constitutionnel du pays. Pour ces derniers, l'amendement constitutionnel constituait un effort de redéfinir la culture politique des Canadiens et leur appartenance civique. Cette jonction critique aurait aussi affecté les juges. En 1992, Cairns observait : « *we now know that the Charter will not be a dead letter, as was the 1960 Bill of Rights, but will be taken seriously by a Supreme Court cognizant that post-Charter Canada was intended to be recognizably different from pre-Charter Canada* » (Cairns, 1992 : 62). Cette affirmation n'est aujourd'hui plus matière à débat. Elle est devenue le point de départ des institutionnalistes étudiant l'impact de la *Charte* sur la judiciarisation de la politique au Canada. Le néo-institutionnalisme s'est développé dans plusieurs déclinaisons.

Parmi ces travaux, plusieurs auteurs puisent à l'institutionnalisme de choix rationnel. Selon Campbell (2002 : 37), cette branche du néo-institutionnalisme tire sa source du postulat selon lequel les acteurs ont des préférences dont les origines proviennent des institutions. Autrement dit, le contexte institutionnel dans lequel se retrouvent les acteurs est un facteur structurant leurs préférences. Ces contraintes institutionnelles sont comprises en termes stratégiques : les institutions agissent sur le calcul coût-bénéfice qu'effectuent les acteurs. Ainsi, les institutions n'existent que pour pallier une « faiblesse systémique » perçue par les acteurs et

n'évoluent que par un acte volontaire de la part de ces derniers, lorsqu'elles « ne génèrent pas ou plus les résultats prévus lors de leur création » (Lecours, 2002 : 13). Cette approche projette donc une vision instrumentaliste des institutions. Dans les études portant sur le judiciaire, l'institutionnalisme de choix rationnel est mobilisé pour démontrer comment les acteurs utilisent les tribunaux en vue de faire avancer leurs propres intérêts. À titre d'exemple, on retrouve les travaux de Morton et Knopff (2000), qui voient l'activisme judiciaire comme une entrave à la démocratie par le favoritisme envers certains groupes d'intérêt (le *Court Party*), et même un empiètement des juges sur le rôle des législateurs :

In addition to making the courtroom a new arena for pursuit of interest-group politics, in other words, Charter litigation – or its threat – also casts its shadow over the more traditional arenas of electoral, legislative, and administrative politics. Not only are judges now influencing public policy to a previously unheard-of degree, but lawyers and legal arguments are increasingly shaping political discourse and policy formation (Morton et Knopff, 2000 : 13).

Morton et Knopff sont devenus, suite à cette publication, les porte-étendards de la « critique de la droite » à l'activisme judiciaire. Ils ont été critiqués parce qu'ils ignorent les relations de pouvoir prenant place dans la société à plus largement parler et qui structurent les relations entre l'État et la société canadienne (Smith, 2002 : 13). Smith, de son côté, rappelle que non seulement les Canadiens, en grande majorité, appuyaient l'action de ces mouvements sociaux ainsi que les jugements des tribunaux ayant égard à la *Charte* (Smith, 2002 : 10), mais que l'utilisation des tribunaux par les minorités doit être comprise dans l'ensemble des moyens politiques pouvant être utilisés par les mouvements sociaux.

By ignoring structured social relations, Morton and Knopff manage to make feminists and other representatives of traditionally disadvantaged groups in Canada society look as if they are tremendously powerful because of their court victories. [...] By focusing solely on litigation and ignoring other the means by which corporations, business associations or interest groups influence the political system, this type of Charter critique provides a false picture of group political life and its connections to litigation (ibid. : 13-14).

Dans son étude sur la mobilisation des tribunaux par les groupes LGBT, Smith (2005) fait le constat d'une ouverture des tribunaux aux doléances de ces groupes depuis l'adoption de la *Charte*, et de l'utilisation accrue subséquente de ces groupes de l'arène judiciaire. Les tribunaux étant devenus un lieu plus propice à la reconnaissance de leurs demandes que la politique

« traditionnelle » ou le lobbying, les groupes LGBT ont graduellement adapté leur action politique vers le judiciaire afin d'obtenir gain de cause.

Ces auteurs mettent en lumière le rapport des acteurs (groupes minoritaires et juges) à l'institution judiciaire, cette dernière étant vue comme un nouvel « espace démocratique de pouvoir », mais ils adoptent une perspective instrumentaliste du pouvoir judiciaire. Leur approche voit l'institution juridique comme un instrument ou un moyen dont se servent les acteurs pour faire avancer leurs intérêts personnels ou de groupe lorsqu'il leur convient de le faire, au lieu de concevoir l'institution judiciaire comme une variable indépendante de l'action politique, ayant son autonomie relative. Par ailleurs, Smith, dans son étude sur les groupes LGBT, étudie la mobilisation judiciaire de ces groupes, mais ne s'intéresse pas à la jurisprudence qui a découlé des litiges qu'ils ont intentés devant les tribunaux.

Un autre pan de la littérature étudiant la branche judiciaire puise dans le néo-institutionnalisme historique. C'est la branche du néo-institutionnalisme qui ressemble le plus à l'institutionnalisme traditionnel, bien que souhaitant se distancier des problèmes de formalisme et d'athéorisme habituellement reconnus à ce dernier (Lecours, 2002 : 6). C'est aussi l'approche néo-institutionnelle la mieux étoffée au plan théorique. Elle prend en compte la façon dont les configurations institutionnelles influencent le changement à long terme. Selon Pierson et Skocpol, l'institutionnalisme historique met en lumière l'effet du contexte institutionnel sur les processus décisionnels des acteurs évoluant au sein de ces institutions (Pierson et Skocpol, dans : Macfarlane, 2013 : 5).

C'est une approche qui mobilise plusieurs concepts, dont les plus importants sont ceux du point tournant (« *critical juncture* ») et la dépendance au sentier (« *path dependency* »). Ces concepts servent à expliquer la création, le changement, et la reproduction des institutions. La notion de point tournant est utilisée pour signifier le moment où une institution est créée :

une institution prend vie lorsque la tension politique devient particulièrement aigüe. Ces moments de tension sont le produit du déroulement inégal et asynchrone de multiples processus de nature différente (économique, politique, culturel, social, idéologique) (Lecours, 2002 : 12).

L'institution est créée à un moment critique afin de réduire certaines tensions présentes au sein de la sphère politique. La notion de point tournant peut aussi expliquer le changement institutionnel ayant lieu à des moments clés, alors que des processus d'ajustement prennent place, encore une fois, en vue de calmer certains conflits ou tensions institutionnels.

Pour ce qui est en est de la notion de dépendance au sentier, elle décrit la continuité ou la façon dont une institution, suite à sa création, a tendance à se reproduire. Lecours l'explique comme suit :

L'idée est que les institutions reflètent et cristallisent [*sic*] des rapports de pouvoir qui assurent leur survie. Elles forcent aussi les acteurs à s'adapter à elles, ce qui leur confère une légitimité qui s'accumule et s'accroît dans le temps. Pour l'institutionnalisme historique, lorsqu'un point tournant lance une société dans une voie institutionnelle, tout changement subséquent sera balisé par le contexte institutionnel ainsi formé (*ibid.* : 12-13).

Lecours fait aussi remarquer que cette reproduction des institutions dans le temps apporte parfois des résultats imprévus, alors que certaines institutions, suite à leur création, « prennent vie » (*ibid.* : 8) et évoluent d'une façon inattendue ou non voulue de la part des acteurs.

Cardinal (2000) mobilise l'institutionnalisme historique afin de mettre en lumière la dépendance au sentier du phénomène de la judiciarisation sur le pouvoir de l'exécutif, malgré l'adoption de la *Charte*. Elle démontre, par l'entremise de l'étude de la mise en place et de la gestion du Programme de contestation judiciaire (PCJ), que même après l'adoption de la *Charte*, la prérogative de l'exécutif était restée très grande (Cardinal, 2000 : 44). Elle explique qu'en faisant la sélection des litiges qui seraient financés par le Programme, l'exécutif pouvait contrôler la façon dont la jurisprudence de la *Charte* allait avancer (*ibid.*). Macfarlane, pour sa part, tente d'arrimer une étude attitudinale des décisions des juges s'intéressant aux tendances idéologiques et politiques de ces derniers, incluant leur perception de leur rôle au sein du système politique canadien, à une approche historico-institutionnaliste prenant en compte l'évolution des conventions et des normes procédurales propres au fonctionnement de la Cour suprême depuis les années 1980 (Macfarlane, 2013 : 188).

Dans le cadre de notre étude, l'institutionnalisme historique est l'outil théorique le plus apte à mettre en lumière la tension existant entre le pouvoir d'interprétation des juges et le contexte institutionnel encadrant ce pouvoir. Une analyse historico-institutionnaliste de la jurisprudence de droit linguistique nous permettra d'observer les effets de dépendance au sentier ainsi que les jonctions critiques provoqués par les interprétations des juges au sein de cette jurisprudence. Nous intégrons ces outils théoriques par l'étude, sur la longue durée, des variations dans les représentations des juges des droits linguistiques, du fédéralisme ou encore du compromis politique. Nous pourrions constater l'existence d'une « jonction critique » lorsque nous observerons une variation importante dans l'approche générale d'interprétation des juges,

amorçant la possibilité d'un changement, et de « dépendance au sentier », en contrepartie, quand leur approche interprétative sera marquée par la continuité ou que les variations seront peu marquées dans le courant d'une série de jugements consécutifs.

La question des représentations

Afin d'être en mesure de saisir l'influence des traditions étatiques sur la jurisprudence de droit linguistique, nous puiserons aussi des outils d'analyse dans les travaux de Jenson (1989 ; 2013). Cette dernière théorise comment les idées (entendues dans ses travaux comme les représentations et les identités) peuvent expliquer, dans le cadre historico-institutionnaliste, le changement ou la continuité. Elle a fait œuvre pionnière en la matière ; comme le soulignent Turgeon et Gagnon (2015 : 172), ses premiers travaux sur le sujet sont parus plusieurs années avant le « tournant idéationnel » durant lequel les chercheurs ont commencé à s'intéresser à l'apport des idées dans les études de sciences sociales, tel qu'observé par Béland et Cox (2011).

Les travaux de Jenson sur l'évolution des politiques sociales cherchent à prendre en compte les représentations des agents et les contextes de sens que constituent les institutions. Dès la fin des années 1980, Jenson tente de réconcilier l'institutionnalisme et l'économie politique avec la question de l'agentivité des acteurs. Selon elle, il fallait trouver un moyen par lequel on pourrait expliquer comment « *within the constraints of structures, people do make their own history* » (Jenson, 1989 : 235). En d'autres mots, elle cherchait à donner une place à l'agentivité au sein d'un cadre institutionnel agissant comme contexte structurant les possibilités d'action des individus. Comme elle l'explique, cette perspective rend les acteurs « *simultaneously subjects of structures and acting subjects carrying in their practices and meaning systems the possibilities of both social stability and change* »²⁵ (*ibid.* : 236). Elle place à la fois les institutions et les idées sur un pied d'égalité, évitant du même coup de se faire reprocher d'utiliser les idées comme des béquilles, uniquement mobilisées en période de crise afin d'expliquer le changement tel un *deus ex machina* – une critique formulée par Blyth (1997), Hay (2004) et Bell (2011).

Dans ses premiers travaux, Jenson effectue l'étude comparée de l'institutionnalisation des politiques publiques encadrant l'entrée des femmes sur le marché du travail en France et aux États-Unis jusqu'au début de la Première Guerre mondiale. Par l'entremise de ce cas de figure, elle démontre l'influence des représentations qu'ont les citoyens de leur communauté politique

²⁵ En italiques dans le texte.

sur l'évolution des politiques publiques. Plus précisément, elle met en lumière comment les identités (dans ce cas-ci, celle des femmes) sont imbriquées au sein des « paradigmes sociétaux » (Jenson, 1989 : 236) qui encadrent la formulation et l'institutionnalisation des politiques publiques. Comme elle l'explique,

A societal paradigm is a shared set of interconnected premises which make sense of many social relations. Every paradigm contains a view of human nature, a definition of basic and proper forms of social relations [...], and specification of relations among institutions as well as a stipulation of the role of such institutions (ibid.: 239).

Lorsqu'un tel paradigme sociétal, porteur de représentations des identités des différents groupes de la société, est accepté et considéré comme légitime par une grande partie de la population, il devient hégémonique et garant d'une certaine stabilité. Ces paradigmes²⁶ sont toutefois constamment contestés et remis en question par certains acteurs dont la représentation de la société (et de leur rôle en son sein) entre en compétition avec celle portée par le paradigme hégémonique. Si assez d'acteurs contestent un paradigme, celui-ci peut être renversé et éventuellement remplacé par un nouveau paradigme, où les identités des acteurs auront évolué. En d'autres mots, Jenson postule que les acteurs sont contraints par la structure institutionnelle dans laquelle ils évoluent (les paradigmes), mais qu'ils ont aussi la capacité de faire évoluer cette structure institutionnelle (*ibid.*). Leur représentation de la structure sociétale constitue un système de sens et de contraintes à partir duquel ils comprennent et agissent au sein de leur société, ou autrement dit, « *both a structure and a terrain in which actors, under constraint to be sure, constantly make their own history* »²⁷ (*ibid.* : 236).

Dans le cadre de notre étude, nous reprendrons l'approche de Jenson pour inclure la question des représentations dans un cadre d'analyse inspiré du néo-institutionnalisme historique. Ces représentations forment un contexte de sens qui influence l'énonciation de la jurisprudence par les juges. Ainsi, les juges sont constitués des acteurs participant à un système de représentations des droits linguistiques au sein duquel ils retiennent une certaine agentivité, mais en tension avec les représentations existantes. Leurs représentations des droits linguistiques sont influencées par les traditions étatiques, mais elles peuvent s'en éloigner. Nous mettrons

²⁶ Nous soulignons que l'utilisation qui est ici faite de la notion de paradigme est beaucoup plus restreinte que ce qui est habituellement entendu par ce concept, notamment depuis les travaux de Thomas Kuhn sur les révolutions scientifiques (Kuhn, 1972).

²⁷ En italiques dans le texte.

notamment en lumière comment la jurisprudence comprend ses propres points tournants, créant un contexte favorable au changement au sein des représentations existantes. Nous verrons comment ces points tournants favorisent la formation d'un nouveau « paradigme » dans le domaine des droits linguistiques. Nous analysons comment les juges agissent au sein de ces paradigmes afin de voir comment ils peuvent aussi faire avancer la possibilité d'énoncer une norme d'autonomie pour les FHQ.

Méthodologie

Afin d'être en mesure de saisir les représentations des droits linguistiques portées par les juges et véhiculées dans la jurisprudence, et d'observer le changement ou la continuité dans ces représentations, nous mobiliserons l'herméneutique gadamérienne, à la suite de Lajoie (2002). L'herméneutique nous permettra d'effectuer une analyse qualitative de la jurisprudence et d'arrimer celle-ci avec son contexte d'énonciation. Nous présenterons en premier lieu l'herméneutique comme outil méthodologique nous permettant d'interpréter le discours des juges à plusieurs niveaux, en mettant en lumière à la fois le contenu littéral de la jurisprudence énoncée par les juges et les principes et traditions étatiques guidant leur interprétation de ces droits. En deuxième lieu, nous expliquerons comment les résultats de notre analyse herméneutique seront ensuite opérationnalisés à partir du cadre théorique historico-institutionnaliste. Ce cadre théorique illuminera la continuité et le changement dans l'interprétation des juges des droits linguistiques, le tout afin de saisir la possibilité pour les juges de faire avancer ces droits dans le sens d'une plus grande autonomie pour les FHQ.

L'herméneutique

La tradition herméneutique a fait ses débuts dans les domaines esthétique et religieux. L'herméneutique classique est définie comme « une doctrine de la vérité » souhaitant évacuer « l'arbitraire et le subjectivisme dans les disciplines qui ont affaire à l'interprétation » (Grondin, 2008 : 4). Bref, l'herméneutique était à la recherche de la « bonne » interprétation, d'une interprétation universelle, d'un texte donné, soit une interprétation qui n'altérerait pas ce texte.

Cette idée fut fortement remise en question à partir de la fin du XIX^e siècle. Le philosophe allemand Nietzsche, en 1888, postulait l'impossibilité de l'interprète d'en arriver à une bonne interprétation : « *The basic presupposition that there is a correct interpretation at all – or rather one single correct one – seems to me to be empirically false... In a word, the old*

philologist says: there is no single beatific interpretation »²⁸ (Nietzsche, cité dans : Dallmayr, 1990 : 1461). Quelques décennies plus tard, Martin Heidegger rejettera aussi la possibilité d'une interprétation complètement objective. L'interprétation, dans sa nature même, dénaturerait le texte original. « L'idée fondamentale de Heidegger était qu'il était absurde d'espérer en venir à une compréhension expurgée de toute anticipation, et dès lors enfin 'objective', car comprendre pour un être fini, c'est être mû par certaines anticipations » (Grondin, 2008: 49). La neutralité ou l'objectivité scientifique de la pratique de l'herméneutique était dès lors non seulement jugée impossible, mais non plus désirable.

Gadamer reprendra cette proposition dans son ouvrage magistral *Vérité et méthode* (1996[1976]), dont le titre est à ce sens évocateur : *la recherche de la vérité ne serait pas une seule affaire de méthode*. Par une revue de la littérature philosophique sur la pratique de l'herméneutique tant de textes théologiques, qu'historiques, que juridiques, son étude a cherché à mettre en lumière l'aspect situationnel de la compréhension d'un texte par l'interprète. Autrement dit, il cherchait à réhabiliter une compréhension modulée par la situation présente de celui ou celle qui effectue l'interprétation et par l'application qu'il ou elle souhaite en faire (Dallmayr, 1990 : 1461-1462). Gadamer propose un processus de compréhension « participative » dans sa définition de l'herméneutique, s'inspirant fortement de l'humanisme. « Le trait distinctif de l'humanisme est qu'il ne vise pas d'abord à produire des résultats objectivables et mesurables, comme dans les sciences méthodiques de la nature; il espère plutôt contribuer à la formation (*Bildung*) et à l'éducation des individus en développant leur capacité de juger » (Grondin 2008 : 50-51). D'une part, le récepteur est tout aussi important que l'émetteur (ou l'auteur original). Le praticien de l'herméneutique doit aussi reconnaître et utiliser certains de ses préjugés (ce que Gadamer ne voit pas comme une erreur, au contraire de la tradition des Lumières, mais comme une « anticipation de sens ») dans sa tentative d'interprétation du texte, car ils seraient selon lui inévitables. Par ailleurs, l'interprétation se situe entre l'auteur et le lecteur du texte : « l'interprétation ne cherche pas à retrouver l'état d'esprit de l'auteur, mais une *entente* »²⁹ (Djaballah, 2006 : 45), une « fusion des horizons ». L'acte d'interprétation en lui-même serait producteur de sens, et non seulement reproducteur. « Le sens d'un texte dépasse son auteur, pas occasionnellement, mais toujours » (Gadamer, dans : Djaballah, 2006 : 46). L'herméneutique est

²⁸ En italiques dans le texte.

²⁹ En italiques dans le texte.

donc pour Gadamer « un principe général de l'interprétation des textes, à savoir que toutes les particularités d'un texte doivent être comprises à partir de leur *contextus*, de leur contexte, et du sens unitaire visé par le tout, le *scopus* » (193). Autrement dit,

In both legal and theological hermeneutics there is the essential tension between the text set down – of the law or of the proclamation – on the one hand and, on the other, the sense arrived at by its application in the particular moment of interpretation, either in [a] judgement or in preaching (Gadamer, dans: Dallmayr, 1990 : 1462).

L'herméneutique juridique chez Gadamer

Une forme particulière d'herméneutique a été proposée par Gadamer à l'endroit des textes juridiques. Cette herméneutique vise l'interprétation des textes de loi et des normes qu'ils véhiculent en rappelant leur nature particulière, soit l'attente que l'on puisse en retirer un sens particulier selon leur contexte d'application. Ce philosophe compare le rôle interprétatif du juge à celui de l'historien du droit, en ce que

le sens de la loi ne se concrétise qu'en toutes [s]es applications. L'historien du droit ne peut donc se contenter de faire appel à l'application première de la loi pour déterminer son premier sens. Il devra, au contraire, [...] rendre également justice à l'évolution historique qu'elle a traversée. Il lui faudra, par l'exercice de la compréhension, opérer une médiation entre l'application primitive de la loi et son application présente. [...] Ne doit-il pas faire exactement la même chose que le juge, c'est-à-dire distinguer le sens premier du texte juridique, du contenu juridique dans la précompréhension duquel il se meut en tant qu'homme d'aujourd'hui? La situation herméneutique me semble être la même pour l'historien et pour le juriste en ce que, confrontés à n'importe quel texte, nous vivons dans une attente de sens immédiate (Gadamer, 1996[1976] : 348-9).

Gadamer explique aussi que l'interprétation de la loi « ne consiste pas simplement à connaître les articles du code. Si on veut juger [...] le cas soumis, il faut évidemment connaître la jurisprudence, ainsi que tous les éléments qui la déterminent » (*ibid.* : 352). Il ne spécifie pas, toutefois, quels sont ces éléments.

À la suite de Gadamer, Ost explique que le langage juridique en tant que tel est lui-même de nature herméneutique, sujet à interprétation de la part de plusieurs acteurs, que ce soit le citoyen, le législateur ou le juge (Ost, 1993 : 230). Il souligne la présence du même « rapport d'auto-engendrement [...] entre texte, auteur et lecteur » dans le processus herméneutique théorisé par Gadamer. Il propose trois critères sur lesquels une interprétation valable d'un texte devrait reposer : i) le « sens littéral des énoncés » comme point de départ, auquel on ajouterait ii)

l'élément du contexte de production des énoncés, et iii) « l'*intentio operis* » ou la « cohérence d'ensemble » du texte étudié (*ibid.* : 232-233). Ces deux derniers éléments rappellent, sans surprise, les niveaux d'analyse du « *contextus* » et du « *scopus* » retrouvés chez Gadamer. Il sera primordial de garder en tête ces aspects dans notre propre analyse de la jurisprudence.

L'approche gadamérienne, ainsi que l'herméneutique de façon plus générale, a été la cible de certaines attaques de la part de philosophes voyant dans cette approche un danger de « contamination » de la sphère juridique par le retour de la politique à cause du potentiel d'arbitraire de l'interprète. Selon ces critiques, ce dernier pourrait outrepasser son rôle d'herméneute et effectivement « créer » du droit. Comme l'explique Dallmayr (1990 : 1465),

Occasionally, the interpreter is assigned a nearly sovereign power over texts, a power reducing meaning to performance and convention to invention. [...] On radical-perspectivist premises, an inescapably human and political factor seems to enter the law or legal practice – in a manner jeopardizing a central theme of intent of Western political thought. For, with the intrusion of politics, the rule of law is in danger of collapsing into the very 'government of men' which originally it was meant to forestall. This danger conjures up a host of related worries: Does law here not become a captive or instrument of arbitrary caprice, of the whim of particular interpreters? Are we not witnessing here the triumph of power over law, of voluntas over ratio (which the hermeneutical circle had hoped to obviate)?³⁰

Cette critique rejoint les écrits de Rosen qui, dans son ouvrage *Hermeneutics as Politics* (1987), suggère que la pratique herméneutique représente d'emblée un acte de pouvoir politique. Pour cet auteur, « *the political import of hermeneutics derives from its complicity with power politics, its more or less overt endorsement of a Nietzschean will to power* » (*ibid.*). Toutefois, selon Dallmayr, cette critique de l'herméneutique ne tiendrait que dans l'éventualité où l'interprète s'échapperait complètement de son lien contextuel avec le texte – et ce faisant, abandonnant le « cercle herméneutique » reliant le texte, son contexte, et l'interprète. En effet, le juge sera appelé sporadiquement à compléter le texte de loi dans son interprétation, mais pour Gadamer, cette supplémentation « *does not proceed from an arbitrary and unpredictable whim, but from the just weighing up of the whole [situation in context]* » (Gadamer, cité dans : Dallmayr, 1990 : 1466). Autrement dit, la seule réelle interprétation possible qui soit n'est pas émancipée de son contexte, mais est plutôt médiée, voire engagée dans un tissu social de compréhension. Lorsque cette médiation cesse, lorsqu'un individu s'arroge le pouvoir d'interpréter, de façon unilatérale, sans

³⁰ En italiques dans le texte.

regard pour le *contextus* ou le *scopus* du texte, on passe du domaine de l'herméneutique au domaine du politique. Cette posture est maintenant largement acceptée dans la communauté juridique, en particulier dans le milieu de la *common law*. Comme l'explique Rabault sur l'herméneutique comme interprétation de la norme,

C'est un principe admis par les juristes anglo-saxons qu'une interprétation informée (*informed interpretation*) implique non seulement la cohérence, l'unicité du système législatif, mais aussi la référence à des éléments extrinsèques à la loi (contexte externe à la loi : *external context of a statute*). [...] Il apparaît donc que l'interprète opère au sein d'un contexte qui excède le contexte formel strictement légal. Il importe que la motivation jurisprudentielle explicite ce type de déterminations de l'interprétation, qui peut intervenir de façon décisive dans la recherche du sens de la norme³¹ (Rabault, 1997 : 90).

Lajoie a fait de l'analyse herméneutique dans ses recherches afin de déterminer les idées, les normes ou les valeurs portées par le droit. Elle explique que cette méthode lui a permis, d'une part, de « confirm[er] empiriquement la surdétermination des juges par les valeurs dominantes » (Lajoie, 2002 : 17), et d'autre part, d'« expliquer par le caractère normatif de l'interprétation du droit et les conséquences qu'il entraîne [...] d'abord dans la vie des justiciables puis, par réaction, dans le discours des juges dont la légitimité est liée à la coïncidence des valeurs qu'ils inscrivent dans le droit avec celles des justiciables » (*ibid.* : 17-18). Nous utiliserons le même outil méthodologique que Lajoie, en opérationnalisant l'analyse herméneutique à partir du cadre théorique du néo-institutionnalisme historique. Ce cadre théorique nous amènera à vérifier la persistance ou le changement graduel des principes qui guident l'interprétation des juges en matière de droit linguistique dans le temps à la lumière des différentes jonctions critiques retrouvées entre 1982 et 2012. Nous reprendrons à cet effet les critères d'analyse herméneutique énoncés par Ost (1993 : 232-233) à la suite de Gadamer, soit, i) l'analyse du sens littéral du texte, ii) sa cohérence d'ensemble, et iii) son contexte de production. Ce processus nous permettra de dégager les principes d'interprétation qui guident chaque décision, pour ensuite effectuer une comparaison longitudinale de ces principes. Ce processus sera d'ailleurs effectué en gardant à l'esprit l'intention de notre démarche : nous entamons l'interprétation de la jurisprudence avec l'intention de voir comment la jurisprudence fait avancer les droits linguistiques dans le sens d'une plus grande autonomie pour les FHQ.

³¹ En italiques dans le texte.

Collecte de données et grille d'analyse

La collecte des données sera effectuée par le moyen d'une compilation des décisions pertinentes des tribunaux (majoritaires et minoritaires, lorsqu'il y a lieu) dans le domaine des droits linguistiques. Nous avons recensé plus de trente jugements importants dans la période allant de 1982 à aujourd'hui. Parmi ceux-ci, quinze d'entre eux sont déterminants à cause de leur implication jurisprudentielle. Ils ont soit fait cas d'école ou ils ont renversé certaines lectures antérieures eu égard au droit linguistique canadien, représentant de possibles « jonctions critiques », ce que nous évaluerons durant notre analyse. Nous avons effectué ce tri à partir d'une revue de la littérature juridique, qui nous a fortement guidé dans notre travail. En effet, certains auteurs ont déjà effectué une analyse importante d'une partie de la jurisprudence. Les travaux de Braën (1988), de Doucet (2007; 2000), de Doucet, Bastarache et Rioux (2013), de Foucher (2012; 2010-2011; 2008a; 2005; 1990b; 1987), et de Pelletier (1993) furent particulièrement utiles afin de déterminer les causes et les moments clés qui représentaient un avancement (ou un recul) dans l'interprétation des droits linguistiques canadiens. Ces auteurs ont déjà effectué des analyses du point de vue de la doctrine juridique en matière de droits linguistiques. Ces travaux nous ont permis d'effectuer un tri préliminaire et de sélectionner les décisions qui devraient être analysées avec plus d'attention (voir le tableau 2.1)³².

Tableau 2.2 Les décisions importantes dans le domaine des droits linguistiques au Canada, 1982-2012

Titre de la cause	Année	Source
<i>Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba</i>	1985	1 R.C.S. 721 (Cour suprême)
<i>Bilodeau c. Manitoba (Procureur général)</i>	1986	1 R.C.S. 449 (Cour suprême)
<i>Macdonald c. Ville de Montréal</i>	1986	1 R.C.S. 460 (Cour suprême)
<i>Société des Acadiens c. Association of Parents</i>	1986	1 R.C.S. 549 (Cour suprême)
<i>R. c. Mercure</i>	1988	1 R.C.S. 234 (Cour suprême)
<i>Mahé c. Alberta</i>	1990	1 R.C.S. 342 (Cour suprême)
<i>Renvoi relatif à la sécession du Québec</i>	1998	2 R.C.S. 217 (Cour suprême)
<i>R. c. Beaulac</i>	1999	1 R.C.S. 768 (Cour suprême)
<i>Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard</i>	2000	1 R.C.S. 3 (Cour suprême)
<i>Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)</i>	2001	56 OR (3d) 505, 208 DLR (4th) 577 (Cour d'appel de l'Ontario)
<i>Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse</i>	2003	3 R.C.S. 3 (Cour suprême)
<i>Raïche c. Canada (Procureur général)</i>	2005	2004 FC 679, [2005] 1 R.C.F. 93 (Cour fédérale)
<i>DesRochers c. Canada (Industrie)</i>	2009	1 R.C.S. 194 (Cour suprême)
<i>Galganov v. Russell (Township)</i>	2012	2012 ONCA 409 (Cour d'appel de l'Ontario)

³² La liste exhaustive des jugements qui constituent notre corpus peut être consultée en bibliographie.

Les analyses des auteurs cités ci-haut nous ont aussi permis d'effectuer un découpage préliminaire dans la jurisprudence afin de structurer nos chapitres analytiques. La première période comprend les années 1982 à 1988, soit de l'adoption de la *Charte* jusqu'à l'adoption de la version révisée de la *Loi sur les langues officielles*. La deuxième section débute avec l'arrêt *Mahé* en 1990 (Foucher 2005 : 144) et se termine en 2000 avec l'arrêt *Arsenault-Cameron* (Doucet, 2000). La troisième section commence en 2001 avec l'arrêt *Lalonde* et s'étend jusqu'à l'arrêt *Galganov*, rendu en 2012.

Limites et contributions de la thèse

Notre thèse comprend deux limites. Dans un premier temps, une limite importante de notre étude a trait au corpus étudié. Comme il fut mentionné plus haut, une sélection préliminaire a été effectuée entre toutes les causes touchant au droit linguistique afin de se saisir des plus pertinentes. Dans un régime de *common law* comme le Canada, les décisions faisant jurisprudence en réinterprétant les droits linguistiques nous seront les plus utiles afin de constater un changement au sein des normes portées par le régime linguistique, alors que d'autres jugements renforcent surtout la jurisprudence déjà établie mais n'offrent pas de contribution en soi. La plupart de ces jugements importants, à tout le moins jusqu'à ceux des quelques dernières années, ont déjà été signalés par les juristes et les philosophes du droit que nous avons consultés. Cette limite est aussi motivée par le temps et les ressources qu'aurait nécessités une étude en profondeur de toutes les décisions de droit linguistique.

Dans un deuxième temps, comme le souligne Ost (1993), il est difficile de saisir les éléments d'une « bonne » interprétation herméneutique des textes, entre une posture qui se réclamerait d'une interprétation littérale et une autre qui prônerait l'aptitude de toutes les interprétations, rendant la pratique de l'herméneutique complètement relative. Il identifie aussi un certain paradoxe dans le concept d'*intentio operis* : alors que celui-ci devrait définir la cohérence du texte intégral, la définition de cette cohérence est elle-même interprétation de la part du lecteur. Comme il le souligne, il n'y a pas d'interprète idéal (Ost, 1993 : 234). Nous ne voyons pas d'antidote à cet écueil sauf la vigilance constante du chercheur et la quête d'une interprétation aussi honnête que possible.

Enfin, qu'est-ce qui relève de la science politique dans notre démarche? On pourrait nous reprocher de faire une lecture trop près des travaux des juristes et pas suffisamment politique de

la jurisprudence. Nous espérons que cette thèse contribuera au dialogue entre le droit et la science politique par l'analyse de plus de trente ans et de trente textes de jurisprudence – un corpus généralement peu accessible aux politologues. Nous voulons apprivoiser cette jurisprudence grâce à l'analyse herméneutique et ainsi contribuer au débat sur l'autonomie des FHQ en intégrant l'apport de la jurisprudence à ce débat.

Finalement, au plan théorique, en tentant de démontrer l'existence d'éléments contextuels contraignant l'évolution de la jurisprudence de droit linguistique au Canada, notre thèse contribue à démontrer l'utilité de l'approche néo-institutionnaliste historique à l'étude de la question de la « judiciarisation de la politique » au Canada depuis l'adoption de la *Charte* et la façon dont elle peut compléter les approches s'intéressant aux caractéristiques personnelles des juges. Une grande partie de la littérature sur l'activisme judiciaire opte pour une approche instrumentaliste et dépeint les juges comme des acteurs politiques puissants n'étant assujettis qu'à peu de contraintes (voir notamment Morton et Knopff, 2000; Hiebert, 2002; Kelly, 2005; Manfredi, 2001; et Petter, 2007; 2010). En nous inspirant des approches institutionnelles, nous démontrerons que le pouvoir de décision des juges est en tension avec le contexte d'interprétation de ces droits. Ce contexte, comprenant des facteurs intrinsèques au droit linguistique (Foucher, 2012) mais aussi des éléments extrinsèques, comme les traditions étatiques (Cardinal, 2015), encadre la représentation que se font les juges des droits linguistiques. Dans ce contexte, des représentations sont imbriquées, constituant, à toutes fins utiles, un paradigme au sens où l'entend Jenson (1989). En contrepartie, par l'entremise de leur discours jurisprudentiel, les juges ont aussi le pouvoir de s'éloigner des éléments contextuels contraignants en proposant de nouvelles représentations des droits linguistiques.

En somme, dans le sillon des recherches comme celles de Cardinal (2015) et de Foucher (2008a; 2008b; 2012), la thèse cherchera à mettre en lumière les représentations des droits linguistiques au Canada au sein de la jurisprudence en vue d'approfondir la question de l'autonomie des FHQ. Le néo-institutionnalisme historique nous permettra d'opérationnaliser l'analyse herméneutique de la jurisprudence, afin d'illuminer la façon dont ces représentations constituent un contexte d'énonciation et d'en dégager les points tournants et les moments de continuité. Cette analyse sera effectuée en gardant en tête l'objectif de saisir comment ce contexte institutionnel a encadré la possibilité pour les juges de faire avancer le droit linguistique canadien dans le sens d'une plus grande autonomie pour les FHQ.

Cette recherche s'insère dans le débat normatif sur les droits des minorités et leurs limites. Les FHQ brillent par leur absence dans la littérature portant sur la mobilisation juridico-constitutionnelle des groupes qu'on aura appelé « les citoyens de la *Charte* » parmi lesquels on retrouve les femmes, les Autochtones, les minorités ethniques et les groupes LGBT³³. Notre analyse de l'interprétation qu'ont formulée les juges des droits linguistiques des FHQ nous permettra de voir comment l'évolution de la jurisprudence pose de nouveaux jalons pour penser l'autonomie des FHQ. Cette discussion viendra aussi nourrir le débat international sur les droits auxquels les minorités linguistiques peuvent aspirer (Cardinal et González Hidalgo, 2012; Foucher, 2012 ; Léger, 2012 ; Kymlicka, 2012 ; Poirier, 2012).

³³ Les travaux de Behiels (2004) constituent peut-être la seule exception à cette observation, mais ces derniers sont circonscrits dans le domaine de l'éducation.

Chapitre 3

La genèse de l'interprétation des droits linguistiques au Canada

L'objectif de ce chapitre est d'étudier les décisions dans le domaine des droits linguistiques précédant de peu l'adoption de la *Charte*, en 1982, et du reste de cette décennie. La Cour Suprême qui, dans les années 1960, avait été surnommée « *the quiet court in an unquiet country* » (Cheffins, 1966 : 259), avait été très peu sollicitée afin de clarifier des questions de cet ordre avant les années 1970. La promulgation de la *Loi sur les langues officielles* du gouvernement canadien et de celle du Nouveau-Brunswick en 1969, ainsi que de la *Charte de la langue française* au Québec en 1977, ont provoqué un changement de cap à cet égard. Entre 1975 et 1981, la Cour suprême a entendu quelques causes portant sur les droits linguistiques, testant alors l'étendue des droits linguistiques conférés par ces législations ainsi que par l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À partir de 1982, ce seront surtout les nouvelles dispositions linguistiques enchâssées dans la Constitution qui seront soumises à l'interprétation des juges. Ce chapitre analyse la jurisprudence émanant de la Cour suprême à l'époque, car elle agit comme une balise, non seulement pour les tribunaux inférieurs, mais pour les juges qui siégeront à la Cour suprême dans les décennies à venir et qui bâtiront sur ces décisions. Nous verrons que cette jurisprudence jette les bases d'un premier paradigme d'interprétation qui sera par la suite renversé par les juges.

Le chapitre procédera en quatre temps³⁴. Dans un premier temps, nous ferons état de la composition de la Cour suprême durant la période allant de 1975 jusqu'à 1981, et ensuite de 1982 jusqu'à la fin de la décennie. Les juges nommés à la Cour suprême à l'époque font partie de ceux qui ont participé de façon cruciale, par la rédaction de leurs décisions (ou de leurs dissidences), à la genèse de l'interprétation des droits linguistiques canadiens depuis 1982. Dans un deuxième temps, nous présenterons les décisions de droit linguistique importantes, incluant toutes les causes entendues en Cour suprême durant cette période. Dans un troisième temps, nous étudierons ces décisions plus en détail afin de mettre en lumière la façon dont se présentent les principes, les règles d'interprétation, et les traditions étatiques canadiennes du compromis politique et du fédéralisme dans la jurisprudence. À cet égard, le présent chapitre prendra appui sur les analyses de Foucher (1987 ; 1990 ; 2008a), de Braën (1988), de Doucet (2000) de Réaume

³⁴ Nous procéderons selon les mêmes étapes pour les deux chapitres à venir.

(2002), de Green et Réaume (1990), et de Richez (2014), qui ont cherché à mettre en lumière les principes d'interprétation utilisés à l'époque et leur incidence sur la portée des droits linguistiques. Finalement, le chapitre proposera une synthèse des développements insufflés par les juges aux droits linguistiques à la lumière de la question de l'énonciation d'une norme d'autonomie pour les FHQ. Nous verrons que les juges jettent les bases d'un paradigme d'interprétation eu égard aux droits linguistiques, mais que celui-ci est contesté par une minorité de la Cour. Ce désaccord oppose, d'un côté, ceux dont la représentation des droits linguistiques privilégie une interprétation généreuse de ceux-ci, et de l'autre côté, ceux dont la représentation en justifie une interprétation plus restrictive. Enfin, nous verrons que la tension entre ces deux représentations aura des conséquences importantes pour la réflexion sur l'autonomie des FHQ des différentes provinces interpellées.

La Cour suprême du Canada, 1975-1988

Pour McCormick, les années 1980 révèlent d'énormes changements à la Cour suprême. Ces changements sont caractérisés par une transformation importante de la culture juridique canadienne, en particulier en ce qui a trait à la mise en place de nouvelles règles d'interprétation du droit canadien. Selon McCormick,

This was the decade when the Court finally escaped the reputation for mediocrity that had dogged it for much of its first century; the decade when the Court finally “escaped from the captivity” of “sterile juridical servility to the Judicial Committee of the Privy Council” and began to sketch the bold and clear lines of a purely Canadian jurisprudence – an escape that had been anxiously awaited ever since appeals to the JCPC ended in 1949 (McCormick, 1998 : 238).

Pour Sharpe et Roach, il s'agit d'un moment charnière, où les juges ont commencé à délaisser l'approche de retenue qui avait été la leur à l'époque de la *Déclaration canadienne des droits (Bill of Rights)*³⁵ et pour laquelle ils avaient été vertement critiqués par la société canadienne (Sharpe et Roach, 2003 : 135). C'était aussi une époque où la Cour suprême était en voie de devenir un acteur beaucoup plus important que par le passé sur la scène canadienne, par

³⁵ Le *Bill of Rights* est une loi fédérale canadienne adoptée en 1960 par le gouvernement de John Diefenbaker. La première loi des droits de la personne adoptée au pays, elle est en quelque sorte l'ancêtre de la *Charte*. Plusieurs des droits protégés par le *Bill of Rights* se sont retrouvés dans la *Charte*, tels que la liberté d'expression et de religion et les droits de justice fondamentale. Depuis 1982, le *Bill of Rights* est devenu plutôt inefficace, supplanté par le statut constitutionnel de la *Charte*.

l'entremise des nouveaux pouvoirs de révision judiciaire qui lui ont été octroyés grâce à la *Charte*. Déjà, en 1983, le politologue Peter Russell prédisait que l'adoption de la *Charte* allait politiser la branche judiciaire canadienne, autant qu'elle judiciariserait la politique au Canada (Russell, 1983 : 51-52). La *Charte* posait des jalons en vue de changements importants, constituant un texte de loi « intouché », que personne n'avait interprété auparavant (Lee, 2008 : 263). Comme l'indique McCormick, elle offrait la possibilité aux juges de créer une nouvelle tradition juridique toute canadienne. Cette possibilité était toutefois mitigée à la fois par les craintes, provenant des milieux universitaire et politique, de l'éventuelle montée d'un « gouvernement des juges » (Russell, 1983 : 52), et par le contexte politique entourant certaines des causes qu'ils seraient appelés à trancher.

Selon Sharpe et Roach (2003 : 412), les juges étaient bien au fait du caractère foncièrement politique des droits qu'ils étaient désormais appelés à interpréter. Pour ces auteurs, « *[t]he language debate is a familiar and distinctive theme in Canadian law and politics with profound significance for Canadian national unity. It has proved most difficult to result and was one the Supreme Court of Canada's constitutional preoccupations [during this era]* » (*ibid.*). Comme nous le verrons plus loin, les juges étaient conscients de l'impact très réel que pouvaient avoir leurs décisions sur l'avenir politique du pays, en pleine crise d'unité nationale et dont l'aspect linguistique dépassait les frontières de la province du Québec³⁶ (*ibid.* : 412-441).

La composition de la Cour suprême

Le tableau 3.1 montre la composition de la Cour suprême de 1975 à 1981, soit durant les années où la Cour a entendu les premières causes portant sur les droits linguistiques. Cette période avait, à la tête de la Cour suprême, le juge en chef Bora Laskin. Être juge en chef de la Cour suprême signifie d'exercer à la fois un rôle comme juge, mais aussi d'être impartri(e) de fonctions administratives eu égard au bon fonctionnement de la Cour et de siéger à différents comités, notamment au Conseil privé. Le titre de juge puîné (littéralement : « puis né ») vient pour sa part d'un mot ancien qui signifie « cadet ». Il y a un juge en chef et huit juges puînés à la Cour suprême en temps normal ; trois de ces juges doivent provenir de la province de Québec (Cour suprême du Canada : en ligne).

³⁶ Nous faisons référence à la crise des écoles françaises en Ontario à la fin des années 1970 et au début des années 1980, ainsi que de la période de turbulence politique autour des droits linguistiques au Manitoba, sur lesquelles nous nous pencherons plus tard dans ce chapitre.

Tableau 3.1 La composition de la Cour suprême du Canada, 1975-1981

Juge	Période juge puîné	Période juge en chef
Ronald Martland	1958-1982	
Wilfred Judson	1958-1997	
Roland Almon Ritchie	1959-1984	
Wishart Flett Spence	1963-1978	
Louis-Philippe Pigeon	1967-1980	
Bora Laskin	1970-1973	1973-1984
Robert George Brian Dickson	1973-1984	1984-1990
Jean Beetz	1974-1988	
Louis-Philippe de Grandpré	1974-1997	
Willard Zebedee Estey	1977-1988	
Yves Pratte	1977-1979	
William Rogers McIntyre	1979-1989	
Julien Chouinard	1979-1987	
Antonio Lamer	1980-1990	1990-2000

Source : Cour suprême du Canada, 2000 : 191.

Le tableau 3.2, pour sa part, démontre la composition de la Cour suprême depuis l'adoption de la *Charte* jusqu'à la fin de la période étudiée dans ce chapitre. À partir de 1984, remarquons que le juge en chef Bora Laskin a été remplacé par le juge en chef Brian Dickson, qui sera à la tête de la Cour suprême jusqu'à la fin de cette période.

Tableau 3.2 La composition de la Cour suprême du Canada, 1982-1988

Juge	Période juge puîné(e)	Période juge en chef
Ronald Martland	1958-1982	
Wilfred Judson	1958-1997	
Roland Almon Ritchie	1959-1984	
Bora Laskin	1970-1973	1973-1984
Robert George Brian Dickson	1973-1984	1984-1990
Jean Beetz	1974-1988	
Louis-Philippe de Grandpré	1974-1997	
Willard Zebedee Estey	1977-1988	
William Rogers McIntyre	1979-1989	
Julien Chouinard	1979-1987	
Antonio Lamer	1980-1990	1990-2000
Bertha Wilson	1982-1991	
Gerald Eric Le Dain	1984-1988	
Gérard Vincent La Forest	1985-1997	
Claire l'Heureux-Dubé	1987-2002	

Source : Cour suprême du Canada, 2000 : 191.

Arrêtons-nous un moment sur les deux juges en chef.

Bora Laskin

Bora Laskin est né en 1912 à Fort William (Thunder Bay), en Ontario. Il a fait ses études à l'Université de Toronto et à l'Université Harvard. De 1940 à 1965, il enseigne le droit à l'Université de Toronto. En 1965, il est nommé juge à la Cour d'appel de l'Ontario (Risk et Pritchard, 1986 : 321). En 1970, il est nommé à la Cour suprême. Trois ans plus tard, il devient juge en chef de la Cour suprême du Canada. Laskin est alors le sixième membre ayant le plus d'ancienneté à la Cour, alors que la tradition voulait que le juge en chef soit habituellement le doyen de la Cour, mis à part l'alternance coutumière entre un membre du Québec et un membre de l'extérieur du Québec (McCormick, 1998 : 240). Laskin est aussi le premier juge de confession juive à siéger au plus haut tribunal au pays.

Laskin était connu pour sa représentation du rôle de la Cour comme un agent de changement au pays, une attitude qui détonnait de l'attitude généralement conservatrice de ses collègues plus âgés (Sharpe et Roach, 2003 : 142). Selon Sharpe et Roach (*ibid.* :5), la Cour de 1973 était caractérisée comme suit :

[m]ost judges thought that their job was to apply precedents and the clear letter of the law, leaving questions of law reform and social justice to the elected legislatures. Judgements were written for a strictly legal audience; there was little scope for the consideration of the relevant historical, social, and political context. Broader issues of theory and policy were not confronted openly in judicial decision-making and the judges rarely strayed from traditional legal sources.

Laskin, pour sa part, avait affirmé peu avant sa nomination : « *it's too easy for judges to say that if the law needs to be changed that it is the responsibility of Parliament* » (cité dans Sharpe et Roach, 2003 : 142). Sa nomination signalait donc l'espoir d'un changement de direction de la part du plus haut tribunal au pays, d'autant plus que l'adoption de la *Charte*, en 1982, allait conduire les juges à se pencher sur des questions épineuses d'ordre politique et social – dont les questions d'ordre linguistique étaient du nombre. Bora Laskin a présidé à une transformation sans précédent au sein de la Cour suprême, faisant graduellement du plus haut tribunal au pays une institution centrale de la politique canadienne (*ibid.* : 5).

Brian Dickson

Brian Dickson, pour sa part, est né en Saskatchewan d'une famille d'immigrants irlandais. Il fait ses études en droit au Manitoba, et obtient son diplôme en 1938. Il se joint à l'effort de guerre de

1939 à 1944. À la fin de la guerre, il entame une brillante carrière en tant qu'avocat à Winnipeg au sein du cabinet Aikins Macaulay³⁷, où il demeure jusqu'à sa nomination à la Cour du banc de la Reine du Manitoba, en 1963. En 1967, il est nommé à la Cour d'appel de la même province, puis à la Cour suprême en 1973, soit peu de temps avant la nomination du juge Laskin en tant que juge en chef.

Selon Sharpe et Roach (2003 : 158), au début des années 1970, Dickson, comme plusieurs de ses collègues, était porté à faire preuve de déférence envers les législateurs et à rédiger des décisions de nature conservatrice. Toutefois, l'attitude de la Cour avait grandement évolué sous le règne de Laskin, et Dickson a marché dans les pas de son prédécesseur. En effet, avec le temps, Dickson s'est rapproché de plus en plus des vues de Laskin au sujet du pouvoir d'énonciation de la Cour, c'est-à-dire qu'il hésitait de moins en moins à faire preuve d'activisme judiciaire (Sharpe et Roach, 2003 : 158).

La nomination du juge Dickson à la tête de la Cour suprême en 1984 semblait moins surprenante que celle de Laskin plus d'une décennie auparavant. D'une part, Dickson avait accumulé plus de dix ans d'expérience à la Cour lorsque Laskin prit sa retraite. D'autre part, Dickson avait démontré à maintes reprises ses affinités avec le point de vue du Premier ministre Trudeau au sujet des droits civils et des langues officielles. Selon Sharpe et Roach, le juge Dickson était

a strong proponent of bilingualism and had made an effort to learn French. In Canada's centennial year, 1967, Dickson told lawyers being called to the bar in Manitoba that in order to be competent lawyers, they must understand French. He argued that bilingualism was a source of 'strength not weakness' in the country and praised the bilingual origins of Manitoba. This attitude, rare in the West at the time, reflected both Dickson's sense of Canada and his ambition to become a member of the Supreme Court of Canada. It likely attracted the attention of decision makers in Ottawa (Sharpe et Roach, 2003: 137).

L'importance que Dickson accordait au bilinguisme et au respect de la langue française au Canada était non seulement tributaire de sa compréhension de l'unité nationale, mais aussi de son « sens de l'injustice » et de sa sensibilité envers les minorités et les groupes opprimés (*ibid.* : 441). Nous verrons comment cette attitude s'est grandement répercutée dans les décisions et jugements dissidents qu'il a écrits ayant trait aux droits linguistiques, notamment dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, et au prochain chapitre, dans l'arrêt *Mahe*.

³⁷ Ce cabinet existe toujours aujourd'hui, sous le nom de Aikins, Macaulay & Thorvaldson.

Il est aussi pertinent de nous pencher sur l'apport de trois juges puînés qui ont été actifs durant la période allant de 1982 à 1988 dans la rédaction de jugements (majoritaires ou dissidents) au sujet des droits linguistiques. Il s'agit des juges Jean Beetz, Bertha Wilson, et Gérard Vincent La Forest.

Jean Beetz

Jean Beetz est né à Montréal en 1927. Il reçoit son diplôme de la Faculté de Droit de l'Université de Montréal en 1950. Entre 1951 et 1953, il étudie à l'Université d'Oxford grâce à la bourse Rhodes qui lui est octroyée. À son retour au pays, il devient professeur de droit à son alma mater montréalaise, où il enseigne pendant 20 ans. En plus de sa carrière universitaire, Jean Beetz occupe, durant les années 1960, d'importants postes politiques, dont celui de conseiller spécial du Premier ministre canadien dans le domaine constitutionnel. Il corédige aussi un ouvrage portant sur la crise de l'enseignement au Canada français en 1961. En 1973, il est nommé à la Cour d'appel du Québec, puis à la Cour suprême en 1974. Il est donc l'un des trois juges représentant le Québec à l'époque.

Les opinions fortes de Beetz au sujet du fédéralisme, notamment, seront prises en compte par Dickson (Sharpe et Roach, 2003 : 143). La vision du fédéralisme de Beetz a été décrite par MacPherson comme une approche « traditionnelle », où l'on entendait l'exclusivité des juridictions provinciales et fédérales au sens fort du terme : « *there shall be no overlap or interplay between federal and provincial heads of power* » (MacPherson, 1995 : 717). Beetz était considéré comme un juge plus « conservateur » que les juges en chef Laskin et Dickson. En effet, après l'adoption de la *Charte*, il a continué à se référer à des décisions antérieures de la Cour suprême ou même du Conseil privé dans les jugements dont il était l'auteur, alors que les autres juges avaient tendance à effectuer des interprétations faisant fi de cette jurisprudence, commençant à neuf. De plus, il refusait souvent de renverser ces décisions antérieures, une habitude qui n'était pas partagée par la plupart des autres juges (*ibid.*).

Bertha Wilson

Bertha Wilson, pour sa part, est née en Écosse en 1923, où elle a fait des études en arts et en éducation à l'Université d'Aberdeen. En 1949, elle et son mari immigrèrent au Canada, s'installant d'abord à Renfrew, et ensuite à Halifax. En 1954, la juge Wilson entame ses études en droit à l'Université Dalhousie, où elle est l'une de cinq femmes parmi une cohorte d'une soixantaine

d'étudiants. Alors qu'elle termine ses études, en 1958, elle et son mari déménagent à Toronto, où elle entreprend une carrière juridique qui dure 16 ans au sein de l'étude juridique Osler, Hoskin, et Harcourt³⁸, en tant qu'avocate-chercheuse – la première femme jamais embauchée par cette étude (Mossman, 2008 : 4). En 1975, elle est nommée à la Cour d'appel de l'Ontario, devenant « *the first woman appointed to an appellate court in Canada* » (MacPherson, 2008 : xxxii). En 1982, le Premier ministre Trudeau la nomme à la Cour suprême – une autre première pour une femme au Canada, mais un choix qui n'est pas sans faire de vagues au sein de la Cour.³⁹ Par ailleurs, la juge Wilson nouvellement nommée au plus haut tribunal au pays comprend bien les responsabilités qui lui sont imparties, à elle et ses collègues. Pour elle, l'adoption de la *Charte* signalait le début d'une ère nouvelle dans le milieu juridique, où la créativité judiciaire serait de mise afin d'interpréter les nouvelles dispositions constitutionnelles. Dans les mots de la juge Wilson, « *Canadians view the Charter as a statement of faith [...] and they expect it to usher in a new era in the quest for equality* » (Wilson dans : Lee, 2008: 264).

La position de la juge Wilson sur le pouvoir d'énonciation de nouvelles normes par les juges se rapprochait plus de celle du juge en chef Dickson que de celle de Beetz. À l'instar du juge Dickson, elle avait tendance à interpréter la *Charte* sans s'en tenir aux contraintes jurisprudentielles, et notamment à rejeter la jurisprudence conservatrice établie sous le *Bill of Rights* (Lee, 2008 : 266).

Elle voyait aussi la *Charte* comme un moyen de défendre les minorités. Comme le soulignent Sharpe et Roach, la position de la juge se résumait ainsi : « *I tend to see the Charter as an anti-majoritarian document and the role of the Court to ensure that minorities are not sacrificed to the majority will* » (Sharpe et Roach, 2003 : 409). Elle a aussi démontré une certaine propension à interpréter les droits en fonction de leur objet, soit la protection des minorités, plutôt que de faire une lecture formelle des textes de loi. Selon Lee, la juge Wilson souhaitait une interprétation progressiste des droits afin de refléter la réalité sociale de la communauté politique canadienne (Lee, 2008 : 271).

³⁸ Cette firme est toujours en existence à Toronto.

³⁹ Le juge en chef Laskin avait lui-même ses vues sur un autre candidat et tenta, en vain, de disqualifier Wilson auprès du Premier ministre comme n'étant pas mûre pour cet emploi (Eddie Goldenberg, cité dans Mossman, 2008 : 28). Il semble que le Ministre de la Justice à l'époque, Jean Chrétien, avait réussi à persuader le Premier ministre Trudeau que d'avoir une femme au sein de la Cour suprême était particulièrement important vu le nouveau contexte juridique canadien de la *Charte* (*ibid.*).

Gérard La Forest

Le juge Gérard La Forest⁴⁰ est né à Grand-Sault, au Nouveau-Brunswick, en 1926. Après avoir poursuivi ses études à l'Université St-Francis-Xavier et à l'Université du Nouveau-Brunswick UNB), en 1949, il est appelé au Barreau de la province du Nouveau-Brunswick. Il étudie aussi à l'Université d'Oxford en tant que boursier Rhodes et à l'Université Yale, où il obtient une maîtrise et un doctorat en droit. De 1956 à 1968, il enseigne à UNB, avant d'être nommé doyen de la Faculté de droit de l'Université de l'Alberta pour un mandat de deux ans. Il occupe ensuite plusieurs postes importants au sein de la fonction publique fédérale, notamment comme conseiller du ministre de la Justice et du Premier ministre durant la période des négociations ayant conduit à l'Accord de Victoria⁴¹, qui ne sera jamais ratifié. Il était d'ailleurs vivement intéressé au processus de renouvellement constitutionnel entamé par le Premier ministre Trudeau, un sujet sur lequel il a beaucoup écrit (Sharpe et Roach, 2003 : 297). Il est nommé à la Commission de réforme du droit du Canada, où il siègera pendant cinq ans, soit de 1974 à 1979. En 1981, après avoir enseigné pendant deux ans à l'Université d'Ottawa, il est nommé à la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick. Le 16 janvier 1985, il est nommé à la Cour suprême du Canada, où il demeure jusqu'en 1997. Il est reconnu que La Forest acceptait l'activisme judiciaire. Il croyait fermement que les juges devaient faire usage de leur pouvoir afin de faire évoluer la loi « pour le bien commun et la justice individuelle »⁴² (*ibid.*).

Ensemble, ces juges ont tenté, de 1975 à la fin de la décennie 1980, d'insuffler une première direction à la jurisprudence canadienne des droits linguistiques. Le tableau 3.3 énumère le nombre de décisions auxquelles a participé chacun des juges mentionnés ci-haut.

⁴⁰ Nous reconnaissons que nous ne donnons que peu d'information sur le juge La Forest, en comparaison avec les autres juges dont nous discutons dans cette section. Ce dernier n'a pas été un auteur particulièrement prolige, et il n'existe pas à ce jour de biographie lui étant dédiée, au contraire de ses collègues mentionnés plus haut.

⁴¹ L'Accord de Victoria était la première tentative du Premier ministre Trudeau d'amender et de rapatrier la constitution canadienne. Elle contenait une nouvelle déclaration des droits et libertés, incluant une série de droits linguistiques et un droit de veto pour le Québec, l'Ontario, et les provinces du Canada Atlantique.

⁴² Notre traduction.

Tableau 3.3 La participation des juges aux décisions de droit linguistique, 1975-1988

Nom du/de la juge	Nombre de décisions (dissidences/concurrences)	
	1975-1981	1982-1988
Bora Laskin	3	-
Brian Dickson	4	8 (1 dissidence – <i>Société des Acadiens</i>)
Jean Beetz	4	8
Bertha Wilson	-	8 (3 dissidences – <i>Bilodeau, Macdonald, et Société des Acadiens</i>)
Gérard La Forest	-	1

Dickson et Beetz, particulièrement, ont été de toutes les décisions à cet égard⁴³, comme le démontre le tableau 4. La prochaine section montrera à voir que ces deux juges ont tenté d’insuffler leur propre vision de l’interprétation des droits linguistiques durant cette première période, avec des résultats mitigés.

Les arrêts antérieurs à la Charte en matière de droits linguistiques : 1975-1981

Les quatre premiers arrêts rendus par la Cour suprême dans le domaine des droits linguistiques l’ont été avant l’adoption de la *Charte*, entre 1975 et 1981. Comme le montre le tableau 3.4, deux causes sont du Québec, une du Nouveau-Brunswick et une autre du Manitoba. Nous présentons les quatre causes ci-dessous. Ces causes précèdent l’adoption de la *Charte*, mais elles nous semblent jouer un rôle important malgré tout, notamment, celui de poser des jalons d’une réflexion, comme nous le verrons, qui va faire apparaître la complexité du régime linguistique canadien, que ce soit au chapitre de l’article 133 de la *Loi constitutionnelle*, de son équivalent au sein de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, ou encore de la légitimité de la *Charte québécoise de la langue française (CLF)*.

Tableau 3.4 Les décisions de la Cour suprême du Canada sur les droits linguistiques, 1975-1981

Titre	Année	Décision / Juges	Domaine	Dispositions touchées
<i>Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick</i>	1975	Unanime / Cour complète	Justice (droit criminel) Compétence provinciale sur les droits linguistiques	Art. 133, <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> <i>Loi sur les langues officielles</i> du Canada <i>Loi sur les langues officielles</i> du Nouveau-Brunswick <i>Evidence Act</i> du Nouveau-Brunswick
<i>Procureur général</i>	1979	Unanime / Cour	Compétence	Art. 133, <i>Loi constitutionnelle de</i>

⁴³ Sauf la décision *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights*, provenant de la Cour d’appel de l’Ontario.

<i>du Québec c. Blaikie et autres (Blaikie n° 1)</i>		complète	provinciale sur les droits linguistiques	1867 <i>Charte de la langue française</i> du Québec
<i>Procureur général du Manitoba c. Forest</i>	1979	Unanime / Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre	Langues officielles du Manitoba	Art. 23, <i>Loi sur le Manitoba Official Language Act</i> du Manitoba Art. 80(3), <i>City of Winnipeg Act</i>
<i>Procureur général du Québec c. Blaikie et autres (Blaikie n° 2)</i>	1981	Unanime / Laskin, Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre	Compétence provinciale sur les droits linguistiques	Art. 133, <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> <i>Charte de la langue française</i> du Québec

Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick

En 1975, la Cour suprême a eu à se pencher sur les dispositions de l'article 133 dans le cadre d'une cause provenant du Nouveau-Brunswick remettant en question la validité constitutionnelle de la *Loi sur les langues officielles* du Canada ainsi que celle de la province, toutes deux adoptées en 1969. Cette affaire avait été portée en cour par Leonard C. Jones, le maire de la ville de Moncton à l'époque⁴⁴. Il est pertinent à cette étape de rappeler le contenu de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui se lit comme suit :

133. Dans les chambres du Parlement du Canada et les chambres de la législature de Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif; mais dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par-devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada qui seront établis sous l'autorité du présent acte, et par-devant tous les tribunaux ou émanant de tribunaux de Québec, il pourra être fait également usage, à faculté, de l'une ou de l'autre de ces langues.

La Cour suprême du Canada devait déterminer, en appel de la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick⁴⁵, si la *Loi sur les langues officielles* du Canada outrepassait la compétence législative du Parlement du Canada, et si la question du choix de la langue d'usage dans les procédures criminelles, énoncé à l'article 11 de cette loi, était de la compétence du Parlement. Le maire Jones contestait le pouvoir des gouvernements fédéral et provincial

⁴⁴ Il s'agit du même maire Jones qui apparaît dans le documentaire de l'Office national du film produit par Pierre Brault et Michel Perreault, *L'Acadie, l'Acadie ???*, et qui est devenu une figure phare du mouvement anti-bilinguisme de la province de par son arrogance envers les francophones de la ville et de son refus de leur octroyer une quelconque reconnaissance. À ce sujet, voir Warren et Massicotte, 2006.

⁴⁵ La Cour suprême du Nouveau-Brunswick fut subséquentement scindée en deux différentes cours, soit la Cour du banc de la Reine et la Cour d'appel.

d'adopter des lois linguistiques dont la portée était plus grande que celle des droits retrouvés à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En Cour d'appel, l'avocat-conseil du maire Jones, M^c Thorson, suggère que

so far as the subject of the status of the French and English languages in Canada is concerned, their status in the scheme of Confederation is fixed by section 133 so completely that it cannot be disturbed or altered in any respect, directly or indirectly, either by the Parliament of Canada or by the legislature of any of the Provinces of Canada (Re Official Languages Act, [1972] N.B.J. No. 125 : au para. 6).

Il souhaitait voir ces deux lois (fédérale et provinciale) jugées inconstitutionnelles. Or, la Cour d'appel de la province a donné tort aux appelants. Dans un jugement rendu en 1972, elle déclare à l'unanimité que les gouvernements du Canada et du Nouveau-Brunswick ont la compétence de légiférer sur les langues officielles et sur la langue des procédures de justice découlant du droit criminel. Le demandeur Jones est alors allé en appel devant la Cour suprême du Canada, demandant aux juges de clarifier les mêmes questions. Le jugement a été rendu par le juge en chef Bora Laskin pour une cour complète⁴⁶ et unanime.

Le juge Laskin proposa d'interpréter l'article 133 comme comprenant le *minimum* des droits linguistiques au pays, mais que le Parlement avait la compétence de l'étendre. Il explique que l'article 133 « est l'expression que d'une préoccupation limitée en matière de droits linguistiques [...] ». Selon le juge,

Rien ne permet d'interpréter cette disposition, dont la portée est limitée aux chambres du Parlement du Canada et de la législature du Québec et à leurs lois ainsi qu'aux tribunaux fédéraux et aux tribunaux du Québec, comme fixant en définitive pour le Canada, le Québec et toutes les autres provinces, de façon finale et législativement inaltérable, les limites de l'usage privilégié ou obligatoire du français et de l'anglais dans les procédures, institutions et communications publiques. [...] Je suis incapable de comprendre la prétention selon laquelle l'extension législative de l'usage public, privilégié ou requis, de l'anglais et du français serait une violation de l'art. 133 lorsqu'elle ne va pas à l'encontre de la protection spéciale que l'article prescrit (*Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182: 193; voir aussi Foucher, 1987 : 383-384).

En d'autres mots, les dispositions de l'article 133 fixaient un minimum constitutionnel, auquel les législatures pouvaient choisir d'ajouter (comme l'avaient fait le Nouveau-Brunswick

⁴⁶ Ce qui signifie que les neuf juges étaient assignés à la cause, signifiant que les juges voyaient l'affaire comme étant d'une grande importance pour le pays.

et le Canada) des dispositions plus généreuses. La cause donna lieu, au final, au maintien des deux *Lois sur les langues officielles*, soit celle du Nouveau-Brunswick et du gouvernement fédéral.

Dans les débats sur la décision du juge Laskin, Foucher (1987 : 384) a soulevé que le terme « préoccupation limitée » a, pendant un temps, suscité l'inquiétude auprès des juristes et des observateurs de l'évolution des droits linguistiques. La référence avait été comprise comme pouvant éventuellement représenter un penchant de la Cour suprême vers une interprétation limitée des droits linguistiques. Au lieu de quoi, dans le contexte du jugement, la Cour défendait la constitutionnalité d'une loi fédérale qui *étendait* les droits linguistiques reconnus par l'art. 133 au-delà du minimum garanti par cet article. Quelques arrêts subséquents démontreront que les juges de la Cour suprême n'avaient pas en tête, à ce moment-là, une vision cherchant à restreindre les droits linguistiques canadiens.

Procureur général du Québec c. Blaikie et autres (Blaikie n°1)

La prochaine cause à être portée devant les tribunaux à l'époque est *Blaikie n°1* en 1979. Celle-ci avait été entamée par Peter Blaikie, un avocat anglo-montréalais⁴⁷. Il remettait en question la constitutionnalité de certaines dispositions de la *CLF*, notamment au Chapitre III du Titre Premier de la Loi visant à établir l'unilinguisme français des lois et tribunaux du Québec.

La question posée à la Cour visait à établir si le chapitre III de la Loi était *ultra vires* (ou inconstitutionnel), allant à l'encontre de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (*Procureur général du Québec c. Blaikie et autres*, [1979] 2 R.C.S. 1016 : 1019). Foucher explique que la Cour suprême devait décider si « l'article 133 pouvait être scindé en une partie fédérale et une partie québécoise, et si chacun des législateurs concernés pouvait modifier unilatéralement sa partie » (Foucher, 1987 : 383), ou autrement dit, si, au Québec, les tribunaux provinciaux pouvaient fonctionner en français seulement et les tribunaux fédéraux, dans les deux langues officielles. Cette cause était la première de plusieurs remettant en question un aspect ou un autre de la *CLF*.

La Cour suprême statuera que le Chapitre III de la *CLF* allait effectivement à l'encontre de l'article 133. Les juges ont offert une définition importante de la portée de l'article 133, en énonçant ce que constitue un « tribunal » :

⁴⁷ Deux autres demandeurs sont associés à cette cause : Roland Durand et Yoine Goldstein.

[I]l faut donner un sens large à l'expression « les tribunaux de Québec » employée à l'art. 133 [...]. La province ne doit pas être à même de diminuer la garantie accordée pour l'usage du français ou de l'anglais dans les procédures judiciaires en remplaçant les cours par des organismes ayant pouvoir de rendre la justice [...]. Lorsqu'il faut, comme en l'espèce, statuer sur une garantie constitutionnelle, ce serait être trop formaliste de que méconnaître l'essor actuel et le rôle très important dans notre société des organismes non judiciaires investis du pouvoir de rendre la justice et de refuser d'étendre aux procédures qui s'y déroulent la garantie qui reconnaît à ceux qui relèvent de leur compétence le droit d'utiliser le français ou l'anglais. [...] [N]otre conception de la bonne façon d'aborder une disposition intangible [est de] la rendre applicable à l'ensemble des institutions qui exercent un pouvoir judiciaire (*P.G. du Québec c. Blaikie et autres* : 1028-1030).

La Cour suprême a effectué une interprétation *généreuse* des dispositions linguistiques de la *Loi constitutionnelle*, dans l'arrêt *Blaikie n°1*, en stipulant que l'article 133 représentait le minimum que les législateurs devaient respecter, et qu'ils pouvaient bonifier. C'était une interprétation en continuité avec le contenu de l'arrêt *Jones* tel que souligné plus haut.

Procureur général du Manitoba c. Forest

En 1979, de façon concomitante à l'arrêt *Blaikie*, nous avons l'affaire *Forest* au Manitoba. L'affaire avait été entamée par Georges Forest, un Franco-Manitobain qui conteste la contravention unilingue de langue anglaise qui lui avait été imposée par la police de la ville de Winnipeg. Il était reconnu de l'infraction suivante : “*On August 18, 1976 he was found guilty [...] of unlawfully permitting ‘a motor vehicle to remain parked in a metered space when the violation signal of the meter indicated a violation’, contrary to the appropriate regulation or by-law under the City of Winnipeg Act.*” (*Forest v. Manitoba*, [1977] M.J. No. 106 : au para. 6). Sa contravention avait été rédigée en anglais seulement, ainsi que le document le sommant de comparaître en Cour. Forest maintenait qu'il avait le droit à un document rédigé en anglais et en français, selon l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et de l'article 80(3) de la *Loi sur la Ville de Winnipeg*. La contravention avait été donnée dans le quartier St-Boniface, où selon la *Loi sur la Ville de Winnipeg*, les communications entre les résidents et la Ville de Winnipeg devaient être bilingues.

Forest a entamé des procédures judiciaires afin de contester la validité de sa contravention en vertu de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. La *Loi sur le Manitoba*, à l'article 23, reprend de

façon analogue les dispositions de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Plus précisément, elle dispose :

23. L'usage de la langue française ou de la langue anglaise sera facultatif dans les débats des Chambres de la législature ; mais dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire ; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada, qui sont établis sous l'autorité de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et par devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de la province, il pourra être également fait usage, à faculté, de l'une ou l'autre de ces langues. Les actes de la législature seront imprimés et publiés dans ces deux langues.

Toutefois, en 1890, la province du Manitoba a adopté la *Official Language Act (OLA)* stipulant que la seule langue officielle de la province était l'anglais, et que seule cette langue pouvait être utilisée, à la fois à l'Assemblée législative et devant les tribunaux de la province (*Forest v. Manitoba*, [1977] M.J. No. 106 : au para. 3). Depuis 1890, toutes les lois de la province avaient été promulguées en anglais seulement, et tous les débats à l'Assemblée législative avaient eu lieu en anglais. Les allégations de M. Forest étaient assez sérieuses et allaient bien au-delà de sa propre contravention, puisque si les juges lui donnaient raison, cette décision allait rendre inopérantes non seulement la *OLA* de 1890, mais aussi toutes les lois adoptées par l'Assemblée législative depuis 1890, puisqu'elles avaient été promulguées en anglais seulement.

Alors que la Cour d'appel avait donné raison à Forest en déclarant que l'*OLA* de 1890 était inopérante, la Cour du banc de la Reine refusa d'entendre la cause, ne reconnaissant pas à Forest « la qualité pour agir » en ce domaine. En 1979, la Cour suprême a accepté d'entendre l'appel. Cette dernière a rendu sa décision la même journée que la décision *Blaikie n°1*. Elle donna raison à Georges Forest de façon unanime en déclarant inopérante la *OLA* et en rappelant qu'en vertu de l'article 23 de la *Loi sur le Manitoba*, cette province était bilingue et non unilingue anglophone. Le jugement établissait le français comme langue officielle du Manitoba, avec l'anglais, après avoir été écarté pendant 89 ans. Toutefois, la Cour suprême n'ira pas jusqu'à déclarer l'*OLA ultra vires* ou inconstitutionnelle. Déclarer cette loi inopérante faisait du jugement de la Cour suprême un jugement déclaratoire ; un jugement impératif, forçant le gouvernement à agir, aurait dû déclarer cette loi comme étant inconstitutionnelle (Hébert, 2004 : 32) et aurait, par la même occasion, invalidé toutes les lois adoptées en langue unilingue anglaise au Manitoba depuis 1890. Comme l'écrit le juriste J. Elliot Magnet (dans : Hébert, 2004 : 33) : « *Never has a judgment of*

the Supreme Court deliberately been more silent on such an important effect of its rulings ; never has such silence brooded more portentous in Canadian law ».

Le problème de la validité des lois manitobaines adoptées en langue anglaise depuis 1890 sera ignoré par la province, laquelle « *still refused to accept the bilingual requirements of the 1870 terms of union* » (Sharpe et Roach, 2003 : 416). Le gouvernement provincial, sous la direction de Howard Pawley à l'époque, a par la suite tenté un rapprochement avec la minorité franco-manitobaine en lui proposant, notamment, un amendement constitutionnel limitant le nombre de lois qui nécessiteraient une traduction, mais en lui offrant en contrepartie plus de services gouvernementaux en français. La proposition a été très mal reçue par la majorité anglophone de la province. Comme l'expliquent Sharpe et Roach : « *This move towards official bilingualism provoked a storm of anti-French protest and was abandoned when the Conservative opposition refused to vote and allowed the division bells to ring for over two hundred hours, forcing the legislature to prorogue* » (*ibid.*). La réaction des anglophones a donné lieu à un blocage politique. Ce n'est qu'en 1985 que la question sera complètement réglée par la Cour suprême dans le cadre de son *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*. Pendant ce temps, au Québec, la portée de l'article 133 était de nouveau scrutée par les tribunaux.

Procureur général du Québec c. Blaikie et autres (Blaikie n°2)

En 1981, le Procureur général du Québec demanda à la Cour suprême de clarifier la position prise dans *Blaikie n° 1* afin de savoir si l'article 133 s'applique « [...] aux règlements d'organismes créés par la loi ou aux règlements de conseils municipaux ou scolaires [...] par opposition aux règlements adoptés par décret du conseil exécutif et arrêté ministériel dont il s'agissait dans le pourvoi et auxquels s'applique l'art. 133 selon l'arrêt rendu par cette Cour le 13 décembre 1979[.] (*Procureur général du Québec c. Blaikie et autres*, [1981] 1 R.C.S. 312 : 313). »

La Cour a répondu à la question par l'affirmative en étendant la portée de l'article 133 aux règlements de tribunaux administratifs. Ainsi, elle réitéra la position d'interprétation large et généreuse adoptée dans *Blaikie n° 1*. Le jugement énonce que « l'obligation imposée par l'art. 133 de l'*A.A.N.B.* serait tronquée si l'on interprétait cet article de façon à ne pas le rendre applicable à ces règlements » (*ibid.* : 321). Comme le souligne Foucher (1987 : 384), « [s]elon la Cour, pour permettre l'exercice des droits du plaideur et du juge de choisir l'une ou l'autre des langues française ou anglaise, il faut, en vertu de l'article 133, que les règles de pratique des tribunaux soient publiées dans les deux langues ».

Dans les quelques années menant à l'adoption de la *Charte*, les juges avaient été appelés, pour la première fois, à se pencher sur les droits linguistiques de l'article 133 de la Constitution canadienne, incluant son pendant manitobain, l'article 23 de la *Loi sur le Manitoba*. L'article 133 était le seul article de la Constitution canadienne faisant mention expresse de la langue ; son importance était donc primordiale. Les juges ont proposé une lecture généreuse de sa portée, entre 1975 et 1981. Ils ont, notamment, établi que ces deux articles constitutionnels constituaient un minimum garanti que les provinces devaient respecter, mais qu'elles avaient plein pouvoir de bonifier. Cela signifiait qu'avant même l'adoption de la *Charte*, les juges de la Cour suprême avaient posé des jalons d'une interprétation progressiste des droits linguistiques. Ils poursuivront leur réflexion sur des dispositions désormais élargies par le législateur des droits linguistiques, à partir de 1982.

La jurisprudence en matière de droit linguistique suite à l'adoption de la Charte : 1982-1988

Cette section présente les huit décisions en droit linguistique émises par la Cour suprême durant la période commençant au moment de l'adoption de la *Charte* jusqu'à la fin des années 1980. Les décisions portent sur des causes ayant eu lieu principalement au Québec et au Manitoba, sur des enjeux reliés à l'article 23 de la *Charte*. Il est pertinent de citer au long l'article 23, puisqu'il est au cœur de plusieurs décisions dans ce chapitre et dans les chapitres ultérieurs :

Droits à l'instruction dans la langue de la minorité

23. (1) Les citoyens canadiens :

- a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,
- b) qui 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 francophone ou anglophone de la province,

ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.

(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit

de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.

(3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province :

- a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité;
- b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics.

Les autres causes de cette période portent, comme l'indique le tableau 3.5, sur l'article 133 de la *Loi constitutionnelle*, l'article 23 de la *Loi sur le Manitoba*, et l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*, ces trois textes de loi étant semblables ; et sur la portée de la *CLF*. Nous avons ajouté à la liste des décisions étudiées le renvoi de la Cour d'appel de l'Ontario portant sur les obligations du gouvernement de l'Ontario dans le domaine de l'instruction de la minorité francophone, soit *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights*. Rendu en 1984, ce Renvoi est important, car c'est la première fois qu'une cour doit se prononcer sur l'article 23. Le fait que plusieurs des décisions à l'époque mettent en cause l'interprétation par certains gouvernements provinciaux de l'article 23 rend ce renvoi incontournable. Il pose des jalons importants pour la compréhension des enjeux ayant trait à l'éducation dans la langue de la minorité de langue officielle au pays. C'est le premier de plusieurs renvois ayant trait aux droits linguistiques portés par les différents gouvernements devant la Cour suprême, ceux-ci équivalant à une consultation, de la part des provinces ou du fédéral, sur la question de leurs obligations constitutionnelles.

Tableau 3.5 Les décisions de la Cour suprême du Canada sur les droits linguistiques et le Renvoi de la Cour d'appel de l'Ontario, 1982-1988

Titre	Année	Décision / Juges	Domaine	Dispositions touchées
<i>Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights</i> (Cour d'appel de l'Ontario)	1984	Unanime / Formation à 5 juges (Lacourcière, Blair, Cory, Robins, Tarnopolski)	Droit à l'instruction dans la langue de la minorité	Art. 93, <i>Loi constitutionnelle de 1967</i> Art. 23, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> <i>Education Act</i> de l'Ontario
<i>Procureur général du Québec c. Québec</i>	1984	Unanime / Ritchie, Dickson, Beetz,	Droit à l'instruction dans la langue de la	Art. 72-73, <i>Charte québécoise de la langue</i>

<i>Protestant School Boards</i>		Estey, McIntyre, Lamer, Wilson	minorité	<i>française</i> Art. 23, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>
<i>Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba</i>	1985	Unanime / Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain	Statut des langues officielles au Manitoba	Art. 23, <i>Loi de 1870 sur le Manitoba</i> <i>Official Language Act</i> du Manitoba
<i>Bilodeau c. Procureur général (Manitoba)</i>	1986	6-1 / Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Le Dain ; Wilson dissidente	Administration de la justice – langue des sommations	Art. 23, <i>Loi de 1870 sur le Manitoba</i> <i>Highway Traffic Act</i> du Manitoba
<i>MacDonald c. Ville de Montréal</i>	1986	6-1 / Dickson (sur la question constitutionnelle), Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Le Dain ; Wilson dissidente	Administration de la justice – langue des sommations	Art. 133, <i>Loi constitutionnelle de 1867</i>
<i>Société des Acadiens c. Association of Parents</i>	1986	5-2 / Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Le Dain ; Dickson et Wilson dissidents	Administration de la justice – langue des tribunaux	Art. 13, <i>Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick</i> Art. 14, 16, 19, 20, 27, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>
<i>R. c. Mercure</i>	1988	7-2 / Cour complète, Estey et McIntyre dissidents	Administration de la justice – langue des sommations, langue des tribunaux	Art. 110, <i>Acte des Territoires du Nord-Ouest</i> Art. 14, 16, <i>Loi sur la Saskatchewan</i>
<i>Ford c. Procureur général (Québec)</i>	1988	Unanime / Dickson, Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson (Estey et Le Dain ont entendu la cause, mais n'ont pas pris part au jugement)	Langue du commerce et des affaires, langue de l'affichage commercial	Art. 58, 59, 69, 205, 208, 214, <i>Charte de la langue française</i> Art. 1, 2, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> Art. 3, 9, 10, <i>Charte des droits et libertés de la personne du Québec</i>
<i>Devine c. Procureur général (Québec)</i>	1988	Unanime / Dickson, Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson (Estey et Le Dain ont entendu la cause, mais n'ont pas pris part au jugement)	Compétence provinciale sur les droits linguistiques, langue du commerce et des affaires, langue de l'affichage commercial	Art. 91, 92, <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> Art. 52, 57-61, <i>Charte de la langue française</i> <i>Règlement sur la langue du commerce et des affaires</i> Art. 1, 2, 15, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> Art. 3, 9, 10, <i>Charte des droits et libertés de la personne du Québec</i>

Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights

Au début des années 1980, cela fait déjà près de vingt ans que la question des écoles de langue française occupe les devants de la scène politique ontarienne. Jusqu'en 1969, il n'y avait aucune école publique de langue française dans cette province. Les écoles françaises ou bilingues qui existaient étaient financées par des congrégations religieuses, qui y dispensaient aussi l'enseignement (Sylvestre, 2013 : 175). En 1968, la province de l'Ontario promulgue la *Loi sur l'administration des écoles* et la *Loi sur les écoles secondaires et les conseils scolaires* (loi 140 et 141, respectivement). Ces lois permettaient la création d'écoles francophones, à condition que les francophones en fassent la demande à leur conseil scolaire local – souvent formé d'une majorité d'anglophones. Alors que certains conseils scolaires acceptent sans problème de créer ces écoles, les demandes des francophones de plusieurs municipalités ont été reçues avec plus d'hostilité et de réticence que prévu, et la résistance à la création de ces institutions françaises finit par tourner à la crise dans plusieurs de ces localités. Tel fut le cas, au début des années 1970, à Cornwall, Elliott Lake, Ottawa, et Sturgeon Falls, où la crise fut particulièrement aigüe. Ces crises amenèrent le Premier ministre ontarien William Davis à mettre sur pied une Commission ministérielle sur l'éducation secondaire en langue française, présidée par Thomas H. B. Symons, le président de l'Université Trent. Le rapport final de la Commission Symons sera déposé en 1972 et amènera le gouvernement conservateur de William Davis à adopter les lois 180 et 181. Ces lois créeront la Commission des langues de l'Ontario, devant laquelle les décisions des conseils scolaires défavorables aux minorités linguistiques allaient être portées en appel. Le gouvernement Davis nomme aussi Laurier Carrière au poste de sous-ministre adjoint au ministère de l'Éducation. « Ces décisions sont perçues alors comme un point tournant dans l'histoire franco-ontarienne de l'éducation car elles augmentent l'autonomie de la communauté franco-ontarienne en éducation » (CRCCF, 2004 : en ligne).

Malgré ces avancées, la crise n'était pas encore finie. À la fin des années 1970, les municipalités de Burlington, Kirkland Lake, East York, Windsor et finalement, Penetanguishene (Penetang) faisaient aussi face à des manifestations d'impatience de la part des communautés francophones (Sylvestre, 2013 : 183). La crise de Penetang, en particulier, retiendra l'attention politique et médiatique de tout le pays, se déroulant pendant la campagne référendaire québécoise sur la souveraineté-association, embarrassant du coup le Premier ministre Davis qui faisait campagne pour le camp fédéraliste (CRCCF, 2004 : en ligne). La communauté francophone de

Penetang, faisant face à un conseil scolaire local qui restait immuable devant les demandes répétées de créer une école, finit par ouvrir une école sans l'aval du conseil scolaire, soit « l'École de la résistance » (Sylvestre, 2013 : 185). Cette communauté finira par porter sa cause devant la Cour supérieure de l'Ontario, qui lui donnera raison en 1982, mandatant la Commission scolaire du comté de Simcoe d'ouvrir une école francophone homogène de qualité égale à celle des écoles anglophones sur son territoire. L'école secondaire Le Caron fut ouverte la même année (CRCCF, 2004 : en ligne).

En 1983, la province publie le Livre blanc annonçant ses intentions de modifier la loi scolaire de la province afin de clarifier les dispositions de la loi au sujet du droit à l'éducation en français et la gouvernance des conseils scolaires en situation minoritaire. C'est dans ce contexte politique particulièrement chargé que l'Ontario fut la première province à demander aux tribunaux de clarifier ses obligations en vertu des nouvelles dispositions constitutionnelles de l'article 23.

Le gouvernement voulait que les juges précisent la portée de l'article 23 de la *Charte* portant sur l'enseignement dans la langue de la minorité de langue officielle par rapport à l'article 93 de la constitution canadienne protégeant les écoles catholiques. Il souhaitait départager ses obligations. La province a posé quatre questions à la Cour en vue du renvoi souhaité par le gouvernement:

1. Are sections 258 and 261 of the Education Act inconsistent with the Canadian Charter of Rights and Freedoms and, if so, in what particular or particulars and to what extent?

2. Is the Education Act inconsistent with the Charter of Rights and Freedoms in that members of the French linguistic minority in Ontario entitled to have their children receive instruction in the French language are not accorded the right to manage and control their own French language classes of instruction and French language educational facilities?

3. Do minority language educational rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms apply with equal force and effect to minority language instruction and educational facilities provided for denominational education under Parts IV and V of the Education Act and to minority language instruction and educational facilities provided for public education under the Education Act?

4. Is it within the legislative authority of the Legislative Assembly of Ontario to amend the Education Act as contemplated in the White Paper of March 23, 1983 in relation to boards of education, to provide for the election of minority

language trustees to Roman Catholic separate school boards to exercise certain exclusive responsibilities as minority language sections of such school boards?
(*Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights*, [1984] 47 O.R. (2d) 1, 10 D.L.R. (4th) 491)

En d'autres mots, le gouvernement provincial demandait aux juges de la Cour suprême de statuer sur la constitutionnalité des aspects de leur loi scolaire légiférant sur l'accès, la gestion et le contrôle des parents francophones sur les établissements d'enseignement où sont instruits leurs enfants. L'article 258 du *Education Act* énonçait les obligations des parents francophones envers les conseils scolaires en vue de l'obtention d'une classe ou d'une école primaire où l'enseignement serait dispensé en français et stipulait que cette décision revenait en dernier lieu aux conseils scolaires. Le nombre d'élèves requis pour créer une classe était de 25. L'article 261, pour sa part, émettait les mêmes directives en ce qui a trait à l'enseignement secondaire, et le nombre minimal d'étudiants pour créer une classe était établi à 20. Par ailleurs, ce texte de loi stipulait la possibilité d'offrir l'accès à des classes ou des écoles françaises aux enfants parlant français.

La Cour d'appel, formée de cinq juges⁴⁸, a répondu aux quatre questions ci-dessus par l'affirmative. En ce qui a trait à la première question, les juges ont affirmé que l'*Education Act* de l'Ontario était inconstitutionnel, car il ne respectait pas l'article 23, et ce, de plusieurs façons. D'abord, l'*Education Act* ne permettait qu'aux enfants parlant français (et non aux « ayant droit »⁴⁹, en vertu de l'article 23) d'avoir accès aux écoles de la minorité francophone. Ensuite, les juges ont statué que le pouvoir discrétionnaire des conseils scolaires de décider en quelles circonstances une classe ou une école francophone pouvaient être créées constituait une limite indue aux droits de l'article 23. Ensuite, la Cour a décidé que les dispositions de l'*Education Act* selon lesquelles un minimum de 25 étudiants au primaire et de 20 étudiants au secondaire étaient nécessaires pour justifier la création de classes françaises représentaient aussi une limite indue au test de la justification par le nombre de l'article 23. Finalement, la Cour a énoncé que les lignes de découpage des districts scolaires existants ne devaient pas être prises en compte dans la décision du gouvernement d'établir des écoles françaises « là où le nombre le justifie ». Le gouvernement devait prendre en compte les étudiants chevauchant un ou plusieurs districts

⁴⁸ Il s'agissait des juges Lacourcière, Blair, Cory, Robins, et Tarnopolski.

⁴⁹ Les enfants « ayant droit » selon l'article 23 sont les enfants dont les parents remplissent les conditions énoncées dans l'article.

scolaires existants dans ce processus et créer de nouvelles frontières administratives pour les écoles francophones si le besoin s'en faisait sentir. La Cour maintient donc le pouvoir de gestion ontarien sur l'éducation en français, c'est-à-dire que c'est le ministère de l'Éducation de la province qui a le dernier mot sur la mise en œuvre des exigences énoncées par les juges.

Dans le cas de la deuxième question, la Cour devait aussi déterminer si l'article 23 octroyait aux minorités linguistiques « le droit de gérer et de contrôler » leurs propres établissements de langue française, les juges ont fait appel aux versions française et anglaise de la *Charte*, qui ont force égale de loi (*ibid.*). Alors que la version anglaise utilise l'expression « *minority language educational facilities* », la version française utilise « établissement d'enseignement de la minorité linguistique », ce qui constituait, pour les juges, une ambiguïté à savoir si les établissements appartenaient ou non à la minorité. Faisant appel aux définitions des dictionnaires des mots « *facility* » et « établissement » ainsi qu'au contexte d'adoption de la *Charte*, incluant des versions antérieures à la version finale, les juges ont décidé : « *There is more here of a reference to independence of administration, to having its own budget, to being autonomous [...]. The educational facilities in s. 23(3)(b) would appear to be those of the minority* »⁵⁰ (*ibid.*). Plus loin, ils reconnaîtront l'importance primordiale des écoles de la communauté minoritaire dans le cadre plus large de la vie sociale et culturelle de cette communauté : « *educational facilities [...], viewed objectively, can be said to be of or to appertain to the linguistic minority in that they can be regarded as part and parcel of the minority's social and cultural fabric* » (*ibid.*).

Eu égard à la troisième question, portant sur le possible chevauchement entre les droits à l'éducation confessionnelle protégés par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle* et les droits à l'éducation dans la langue de la minorité protégés par l'article 23 de la *Charte*, la Cour indique que les dispositions linguistiques de l'article 23 s'appliquent tant aux écoles confessionnelles qu'aux écoles publiques de la province. Il en découle qu'en Ontario, les lois permettent la création d'écoles anglophones publiques ou anglophones catholiques, et d'écoles francophones publiques ou catholiques.

Finalement, la quatrième question touchait la constitutionnalité des amendements à l'*Education Act* proposés par le gouvernement de la province dans son Livre blanc, notamment l'intention de donner à une section francophone des conseils scolaires la responsabilité

⁵⁰ Nous soulignons.

décisionnelle sur les sujets touchant l’instruction de langue française (*ibid.*), tant dans le cadre des conseils scolaires publics que des conseils scolaires catholiques. Les juges acceptent cette méthode proposée afin de respecter à la fois l’article 23 de la *Charte* et l’article 93 de la *Loi constitutionnelle*. Ils rappellent que l’article 23 impose des obligations aux provinces en matière d’éducation dans la langue de la minorité, mais la tâche leur revient de définir les conditions d’implantation de ces obligations et de réviser la loi en conséquence.

En somme, la Cour d’appel de l’Ontario a précisé plusieurs aspects de l’article 23. Comme le récapitule Foucher (1988 : 73) :

Les nombres minimaux ne doivent pas être fixés arbitrairement; on ne doit pas se restreindre au territoire des Commissions scolaires actuelles; on ne doit pas s’en remettre à la discrétion des Commissions scolaires; les lois qui ne traitent pas de ces questions ou qui en traitent de façon trop ambiguë sont inconstitutionnelles. Surtout, la loi doit assurer la participation des bénéficiaires de l’instruction à la gestion de celle-ci.

Par contre, la Cour ne dit mot de la question de la création de conseils scolaires homogènes francophones. La gestion des classes et des écoles francophones continuera d’avoir lieu dans le cadre des conseils scolaires existants, souvent composés à majorité d’anglophones.

Procureur général du Québec c. Quebec Protestant School Boards

En 1984, une deuxième affaire visant l’article 23 est portée devant les tribunaux par le gouvernement du Québec. La cause portait sur les articles 72 et 73 de la *CLF* restreignant l’accès à l’instruction dans la langue de la minorité anglophone. La *CLF* énonce que la langue d’instruction des écoles publiques du Québec est le français (article 72), mais qu’une dérogation pouvait être donnée en vertu de certains critères, énoncés à l’article 73 (communément appelé « clause-Québec »). Ces critères stipulent que les enfants dont l’un des parents a reçu son enseignement primaire en anglais au Québec ont le droit de fréquenter les écoles publiques anglaises⁵¹. Tout comme les deux arrêts *Blaikie*, cette décision vient remettre en question la validité constitutionnelle de la *CLF*, au chapitre de l’accès à l’instruction dans la langue de la minorité linguistique de langue officielle.

⁵¹ Il découle aussi de ces deux articles que les enfants d’immigrants provenant du reste du Canada ou d’un autre pays, même anglophone, n’avaient pas accès à l’école de langue anglaise au Québec.

L'affaire avait été portée devant la Cour supérieure du Québec quelques semaines seulement après l'entrée en vigueur de la *Charte*, dans cinq requêtes distinctes provenant de parents dont les enfants n'étaient pas éligibles à l'enseignement en anglais selon la Loi 101, mais qui étaient devenus éligibles selon les dispositions de l'article 23 de la *Charte* (*Procureur général du Québec c. Quebec Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66 : 71). Plus tard, la même année, la Cour supérieure du Québec conclut, dans sa décision, qu'il y avait en effet incompatibilité entre la « clause-Québec » et la « clause-Canada » (l'article 23 de la *Charte*) : « la clause-Québec ne constituait pas une simple restriction, au sens de l'article 1, des droits garantis par la Charte dans l'article 23, mais en constitue une négation prohibée par l'article 24 » (*Quebec Association of Protestant School Boards c. Québec (Procureur général)*, [1982] J.Q. No. 444 : au para. 349). Le Québec ne pouvait pas invoquer la clause des « limites raisonnables » trouvée à l'article 1 de la *Charte* pour justifier sa politique limitant l'accès aux écoles anglophones. En 1984, la Cour suprême, à l'unanimité, confirmait la décision de la Cour supérieure de la province, donnant raison aux parents anglophones. Les juges rappelaient aux provinces, tout comme cela avait été le cas lors des décisions touchant l'article 133 de la Constitution avant 1982, qu'elles n'ont pas le pouvoir de limiter la portée des droits linguistiques enchâssés dans la *Charte* – un rappel que les juges devront faire à nouveau, dès 1985, à la province du Manitoba.

Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba

En 1985, la Cour suprême est appelée à se pencher de nouveau sur l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, dans le cadre du *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*. Le Renvoi avait été porté devant la Cour suprême par le gouvernement fédéral suite à l'échec des négociations entre le gouvernement fédéral, le gouvernement provincial et la Société franco-manitobaine (SFM), organisme porte-parole de la communauté francophone de la province. Ces négociations devaient porter sur la possibilité de faire amender la constitution afin de régler les problèmes soulevés, en 1979, dans la décision *Forest*, découlant de la décision selon laquelle les lois promulguées en langue anglaise uniquement depuis 1890 étaient inconstitutionnelles. Au printemps 1983, les trois parties (gouvernement provincial, gouvernement fédéral, SFM) en cause arrivent à une entente, après plusieurs années de négociations, tant au sujet des garanties constitutionnelles de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* que pour la mise en place de services gouvernementaux en français, incluant au niveau municipal (Hébert, 2004 : 69-70). Lors d'un passage à Winnipeg en mai 1983, le Premier ministre Trudeau fait une annonce publique,

lors d'un discours devant des partisans libéraux, selon laquelle « le Manitoba deviendrait bientôt une province bilingue »⁵² (*ibid.* : 71). Or, la déclaration déclenche une grave crise constitutionnelle dans la province, engendrant une montée de boucliers de la part d'une partie de la population anglophone manitobaine et de l'opposition officielle conservatrice à l'Assemblée législative contre un tel amendement. Cette dernière paralyse le gouvernement provincial dans les mois qui suivirent par le moyen de tactiques de blocage parlementaire afin de faire dérailler la motion visant l'amendement de la constitution du Manitoba en laissant les cloches de l'Assemblée législative sonner pendant plusieurs jours de suite, forçant ainsi le Premier ministre Pawley, le 27 février 1984, à demander au lieutenant-gouverneur de la province de proroger la session parlementaire (*ibid.* : 90-189). Le 23 février de la même année, en prévision de la prorogation, Léo Robert et Rémi Smith, deux représentants de la SFM, rencontrent le Premier ministre Trudeau, le ministre fédéral de la Justice MacGuigan, ainsi que le Secrétaire d'État Serge Joyal et le ministre des Transports Lloyd Axworthy⁵³, afin de demander au cabinet fédéral de procéder par renvoi à la Cour suprême pour d'obtenir des clarifications au sujet de l'application de l'article 23. Comme l'explique Hébert,

Trudeau agreed in principle and gave the SFM the green light to begin working on draft questions that could be presented to the Supreme Court in a reference. The possibility of the federal Parliament adopting the constitutional amendment to the Manitoba Act unilaterally was also discussed, and Trudeau indicated to the SFM and to his ministers that this was indeed an option. Robert and Smith reported to the SFM board on these meetings on 26 February, and it was agreed that the SFM would support the judicial route by means of a federal Reference (*ibid.* : 174).

Voyant la voie politique provinciale bloquée, c'est par l'entremise d'un gouvernement fédéral réceptif à ses demandes que la communauté franco-manitobaine, représentée par la SFM, obtiendra de la Cour suprême qu'elle statue sur la question à savoir si l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* était toujours en vigueur, bien qu'il n'avait pas été respecté depuis l'adoption de l'*OLA* de 1890. Comme l'explique Foucher, cette situation était des plus délicates au plan juridique (1987 : 385) : « déclarer les droits invalides équivalait à dire qu'on peut violer impunément des obligations constitutionnelles sans encourir de sanctions judiciaires, tandis que

⁵² Traduction libre.

⁵³ À l'époque, Lloyd Axworthy était le seul membre du gouvernement libéral élu à l'ouest de l'Ontario, représentant la circonscription de Fort Garry-Winnipeg.

les déclarer nulles, c'était dire que le Manitoba n'existait tout simplement plus au plan juridique ». Plus précisément, quatre questions avaient été soumises à la Cour, soit :

1. Les obligations imposées par l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 et par l'art. 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba, relativement à l'usage du français et de l'anglais dans:

- a) les archives, procès-verbaux et journaux des chambres du Parlement du Canada et des législatures du Québec et du Manitoba, et
 - b) les actes du Parlement du Canada et des législatures du Québec et du Manitoba
- sont-elles impératives?

2. Est-ce que les dispositions de l'art. 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba rendent invalides les lois et les règlements de la province du Manitoba qui n'ont pas été imprimés et publiés en langue anglaise et en langue française?

3. Dans l'hypothèse où il a été répondu par l'affirmative à la question n^o 2, les textes législatifs qui n'ont pas été imprimés et publiés en langue anglaise et en langue française sont-ils opérants et, dans l'affirmative, dans quelle mesure et à quelles conditions?

4. Est-ce que l'une ou l'autre des dispositions de la Loi sur l'application de l'article 23 de l'Acte du Manitoba aux textes législatifs, constituant le chapitre 3 des Statuts du Manitoba de 1980, sont incompatibles avec les dispositions de l'art. 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba et, dans l'affirmative, est-ce que les dispositions considérées sont, dans la mesure de l'incompatibilité, invalides et inopérantes? (*Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 : introduction)

La Cour, à l'unanimité, et par la plume du juge en chef Dickson, a répondu aux questions qui lui avaient été soumises en décidant que l'article 23 s'appliquait toujours, et que ce n'était pas un article déclaratoire, mais bien impératif, revenant à cet égard sur la décision *Forest*. Toutes les lois provinciales adoptées en anglais seulement étaient invalidées et la *OLA* était reconnue comme étant *ultra vires*. Toutefois, afin de ne pas créer un « chaos légal », la Cour a maintenu de façon temporaire la validité de ces lois et a donné un sursis à l'Assemblée législative afin qu'elle traduise, adopte, imprime et publie à nouveau ses lois provinciales, dans les deux langues officielles. Entretemps, l'effectivité des lois promulguées en langue anglaise serait maintenue.

MacDonald c. Ville de Montréal

Au Québec, peu de temps après le Renvoi sur l'article 23 de *Loi de 1870 sur le Manitoba*, son équivalent, l'article 133, revient au-devant de la scène dans l'affaire *MacDonald*. Duncan Cross

MacDonald, un Anglo-Québécois, avait reçu en 1981 une contravention en langue française seulement pour avoir commis un excès de vitesse, et refuse de la payer. Il reçoit aussi la sommation à comparaître devant la Cour municipale de Montréal en langue française seulement. Or, selon MacDonald, l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* lui confère le droit de recevoir une sommation en langue anglaise et il conteste la validité de sa sommation unilingue française. La cause se rendra en Cour suprême, mais le juge Beetz, qui répond pour la majorité, rejette la cause. Selon lui, la section de l'article 133 portant sur la langue des documents émanant des tribunaux du Canada ou du Québec invoquée par MacDonald était « permissive », c'est-à-dire qu'elle permettait que « l'une ou l'autre » des langues officielles soit utilisée (*MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460 : au para. 3). Les tribunaux de la province du Québec n'avaient pas l'obligation de délivrer des actes bilingues ; ils avaient le loisir de le faire dans l'une ou l'autre langue officielle. Le juge Beetz explique :

L'art. 133 a introduit non pas un programme ou système de bilinguisme officiel global, même en puissance, mais plutôt une forme limitée de bilinguisme obligatoire au niveau législatif, combinée à une forme encore plus limitée d'unilinguisme optionnel, au choix de la personne qui s'exprime dans les débats parlementaires ou dans une instance judiciaire [...]. On peut peut-être dire que ce système limité facilite jusqu'à un certain point la communication et la compréhension, mais dans cette mesure seulement, et il ne garantit pas que l'orateur, le rédacteur ou l'auteur de procédures ou de pièces de procédure sera compris dans la langue de son choix à ceux à qui il s'adresse⁵⁴ (*MacDonald c. Ville de Montréal* : au para. 103).

Autrement dit, les droits linguistiques reconnus en vertu de l'article 133 garantissent le droit d'être entendu, mais non d'être compris, dans la langue officielle de son choix. Le juge Beetz reprend les conclusions de l'arrêt *Jones* soulignant que les garanties constitutionnelles contenues dans l'article 133 sont des garanties constitutionnelles « minimales ». Il incombe dès lors au législatif, et non au judiciaire, d'élargir leur portée, par exemple en adoptant une loi sur les langues officielles comme l'a fait la province du Nouveau-Brunswick. Finalement, le juge Beetz écarte l'idée de rattacher les droits linguistiques de l'article 133 au droit à un procès équitable, ces deux types de droits étant selon lui incompatibles. Il rappelle que « bien qu'ils jouissent d'une garantie constitutionnelle, les droits linguistiques comme ceux que protège l'art. 133 demeurent particuliers au Canada. Ils [...] n'ont pas l'universalité, le caractère général et la fluidité des droits fondamentaux qui découlent des règles de la justice naturelle » (*ibid.* : au para. 117).

⁵⁴ Nous soulignons.

Pour sa part, la juge Wilson soumet un jugement dissident. Selon elle, la raison d'être de l'article 133 « ne peut être que l'accès égal à la justice » (cité dans Foucher, 1987 : 389) et ce, dans les deux langues officielles. Les droits de l'article 133 appartiendraient aux citoyens qui sont sujets de la constitution ; de cet article découleraient des obligations positives pour l'État et ses agents envers les citoyens (*MacDonald c. Ville de Montréal* : au para. 162), dont l'obligation de communiquer avec eux dans la langue officielle de leur choix. Elle souligne :

Je ne conteste pas la conclusion de la Cour dans l'arrêt *Blaikie n°1* qu'en vertu de l'art. 133, les pièces, jugements et autres actes émanant des cours du Québec sont valides dans l'une ou l'autre langue. Il ne s'ensuit pas cependant que la cour peut communiquer en anglais avec un justiciable francophone et en français avec un justiciable anglophone. Il me semble que le but de la disposition va au-delà de l'autorisation d'utiliser les deux langues. Elle autorise l'utilisation des deux langues pour une raison et cette raison est que la cour doit communiquer avec la personne qui s'y présente dans la langue que cette personne comprend. Dire le contraire équivaut à tourner en dérision les droits linguistiques de la personne (*ibid.* : au para. 183).

Selon la juge Wilson, l'interprétation du juge Beetz venait annuler les droits linguistiques dont il était question dans cette affaire, car elle ne protégeait pas les droits des justiciables. C'était la première fois qu'un jugement dissident était énoncé dans le domaine des droits linguistiques. Par ailleurs, la Cour a rejeté la cause.

Bilodeau c. Procureur général (Manitoba)

La question des sommations unilingues se poursuit à l'époque dans la cause *Bilodeau c. Procureur général du Manitoba*. Déjà, le Manitoba avait été aux prises avec un enjeu semblable dans *Forest*. Cette fois, Roger Bilodeau, un Franco-Manitobain ayant reçu une contravention pour excès de vitesse en vertu du *Highway Traffic Act* et du *Summary Convictions Act* de la province en 1980, souhaitait contester la sommation en vertu de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. À son avis, ces deux lois étaient invalides – tout comme sa contravention et sa sommation à comparaître –, car elles n'étaient pas rédigées dans les deux langues officielles. Les procédures de Bilodeau avaient été suspendues pendant les négociations tripartites du début des années 1980 cherchant une solution au problème constitutionnel de l'article 23 de la *Loi sur le Manitoba*, mais suite à l'échec retentissant de ces négociations en 1983, celui-ci avait repris le chemin de la Cour suprême (Hébert, 2004 : 69 ; 192-193).

La Cour suprême a rendu sa décision, majoritaire, en même temps que dans le cas de *MacDonald*. D'une part, elle a décidé, suivant la conclusion du *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, que les lois du Manitoba restaient valides *de facto* afin de ne pas créer de chaos juridique, même si celles-ci n'étaient pas encore traduites. D'autre part, l'arrêt stipulait que les mots de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, soit « [...] par devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de la province, il pourra être également fait usage, à faculté, de l'une ou l'autre de ces langues »⁵⁵, n'indiquaient pas que la sommation devrait absolument être imprimée dans les deux langues (*Bilodeau c. Procureur général (Manitoba)*, [1986] 1 R.C.S. 449 : au para. 10). Le juge en chef Dickson s'est contenté d'indiquer que les motifs de la décision étaient les mêmes que dans l'arrêt *MacDonald*. La juge Wilson, pour sa part, a écrit un court jugement dissident selon lequel la province avait effectivement enfreint les droits linguistiques de Bilodeau conférés par l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, pour les mêmes raisons que les droits de MacDonald avaient été enfreints au Québec. La sommation reçue par M. Bilodeau devait être invalidée :

À mon avis, tout comme la personne anglophone qui habite la province de Québec a droit, en vertu de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, à ce qu'on donne suite à ses droits linguistiques en délivrant une sommation en français, de même, la personne francophone qui habite la province du Manitoba a droit, en vertu de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, à un accommodement similaire lorsqu'on délivre une sommation en anglais. Comme je l'ai affirmé dans l'affaire *MacDonald*, l'obligation de l'état peut être remplie en ajoutant à la sommation une note rédigée dans l'autre langue officielle, informant le destinataire de la nature et de l'importance du document et de la possibilité d'obtenir une traduction auprès des fonctionnaires du tribunal (*Bilodeau c. Procureur général (Manitoba)* : au para. 22).

Donc, malgré la dissidence de la juge Wilson, Bilodeau a perdu sa cause parce que les lois invalidées par le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* de 1985 étaient gardées artificiellement valides jusqu'à ce que le gouvernement de la province ait terminé la traduction de ces lois. Selon la majorité de la Cour, l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, tout comme l'article 133 de la Constitution, était un article permissif à l'égard des provinces. Ces dernières avaient le loisir de choisir d'utiliser soit l'anglais ou le français dans leurs tribunaux ainsi que dans tous les documents émanant de ces derniers. Cette position sera étayée dans les deux prochaines décisions.

⁵⁵ Les italiques sont de nous.

Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick c. Association of Parents

En 1986, la Cour suprême se penche sur la cause *Société des Acadiens*, qui émane d'un litige dans le domaine du droit linguistique scolaire, mais qui portera principalement sur le droit d'être compris en français par un juge. Alors que la cause en litige portait sur l'article 23 de la *Charte* devant les cours inférieures, c'est de l'article 133 de la Constitution et l'article 19(2) de la *Charte* dont il sera question devant la Cour suprême.

En 1982, la Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick (SANB) se présente devant la Cour du Banc de la Reine de la province afin d'empêcher des écoles anglaises d'offrir des programmes d'immersion à des élèves francophones du district scolaire 50 situé dans la région de Grand-Sault, une région majoritairement francophone, en vertu de l'article 23 de la *Charte*. Les juges de première instance donnent raison à la SANB, mais sans prononcer d'injonction ordonnant à l'école anglaise d'expulser les élèves francophones de son programme. Les parents des élèves inscrits à ce programme demandent tout de même à être entendus devant la Cour d'appel de la province. Lorsqu'il fut connu que le juge Stratton, un juge unilingue anglais, devait entendre l'appel, la SANB demande que la cause soit entendue devant un juge bilingue, puisqu'une partie des plaidoiries devra avoir lieu en français. Il fut décidé que le juge Stratton serait accompagné de deux autres juges bilingues de la Cour d'appel afin d'entendre l'affaire. Or, pour la SANB, cette solution était inacceptable, car l'un de trois juges ne pourrait entendre la cause en français. À partir de ce moment, la cause sera portée devant la Cour suprême par la SANB, qui demande aux juges de clarifier la question suivante :

Le paragraphe 19(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* confère-t-il à une partie qui plaide devant un tribunal du Nouveau-Brunswick le droit d'être entendue par un tribunal dont un ou tous les membres sont en mesure de comprendre les procédures, la preuve et les plaidoiries, écrites et orales, indépendamment de la langue officielle utilisée par les parties ? (*Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549 : au para. 2)

Autrement dit, la question qui était posée au tribunal était de savoir si le droit d'être entendu dans la langue de son choix devant un tribunal incluait aussi le droit d'être compris dans cette langue par les juges. L'article 19(2) de la *Charte* énonce que « [c]hacun 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. » Il reprend donc en partie les termes de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Pour la majorité, le juge Beetz tranche que l'article 19(2) ne comprend pas le droit d'être compris dans la langue officielle de son choix. Selon ce dernier, la plupart des articles de la *Charte* eu égard aux langues officielles (les articles 17, 18 et 19) avaient été « empruntés clairement et délibérément » (*ibid.* : au para. 50) à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et devaient être interprétés de la même façon. La même jurisprudence que lors des décisions *Bilodeau* et *MacDonald* s'appliquait :

À mon sens, les droits que garantit le par. 19(2) de la *Charte* sont de même nature et portée que ceux garantis par l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en ce qui concerne les tribunaux du Canada et ceux du Québec. Comme le conclut la Cour à la majorité [dans l'arrêt *MacDonald*], ces droits linguistiques sont les mêmes que ceux qui sont garantis par l'art. 17 de la *Charte* relativement aux débats du Parlement. Ils appartiennent à l'orateur, au rédacteur ou à l'auteur des actes de procédure d'un tribunal, et ils confèrent à l'orateur ou au rédacteur le pouvoir, consacré dans la Constitution, de parler ou d'écrire dans la langue officielle de leur choix. En outre, ni l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ni l'art. 19 de la *Charte* ne garantissent, pas plus que l'art. 17 de la *Charte*, que la personne qui parle sera entendue ou comprise dans la langue de son choix ni ne lui confèrent le droit de l'être (*ibid.* : au para. 53).

Le juge Beetz réitère que les droits linguistiques des Canadiens, peu importe qu'ils découlent de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle* ou de la *Charte*, sont fondés sur un compromis politique⁵⁶. Il se trouve ainsi à étendre la doctrine du compromis politique à la *Charte*. Il opère d'ailleurs la distinction entre deux types de droits au sein de la *Charte*, soit les droits fondamentaux qui « se fondent sur des principes » (*ibid.* : au para. 63) (et qui, eux, peuvent bénéficier d'une interprétation large et généreuse telle qu'énoncé dans *Southam*), et les droits linguistiques qui, parce que reposant sur un compromis, doivent être abordés par les tribunaux « avec plus de retenue qu'ils ne le feraient en interprétant des garanties juridiques » (*ibid.* : au para. 65). Il reprend de *Jones* l'idée selon laquelle l'article 133 représente une « garantie minimale », et renvoie aux législateurs la responsabilité de faire évoluer les droits linguistiques.

Le juge en chef Dickson refusa l'équivalence suggérée par le juge Beetz pour la majorité entre l'article 19(2) de la *Charte* et l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* comme ne comprenant pas le droit d'être compris dans la langue officielle de son choix. Son jugement dissident explique que « la Cour [était] disposée à donner aux garanties constitutionnelles en matière linguistique une interprétation large » (*ibid.* : au para. 18). En tant que tel, elle devrait

⁵⁶ Nous nous attarderons sur la signification du compromis politique dans la prochaine section de ce chapitre.

reconnaître l'esprit et l'objet des droits linguistiques de la *Charte*, soit la progression vers la dualité linguistique du pays, tel qu'énoncé à l'article 16 (*ibid.* : au para. 19). L'article 16 de la *Charte* énonce les dispositions suivantes :

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.

• *Langues officielles du Nouveau-Brunswick*

(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.

• *Progression vers l'égalité*

(3) 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 et de l'anglais.

Par ailleurs, le juge Dickson a réitéré que les droits de la *Charte* sont les droits des citoyens face à l'État. De ne pas reconnaître aux citoyens le droit d'être compris dans leur langue devant les tribunaux « ferait échec aux objets réparateurs des garanties linguistiques prévues par la *Charte* » (*Société des Acadiens c. Association of Parents* : au para. 26).

La juge Wilson, pour sa part, a aussi reconnu la ressemblance entre les articles de la *Charte* et ceux de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À l'instar du juge Dickson, elle considère toutefois que la jurisprudence appelait une interprétation large de la portée des droits linguistiques (*ibid.* : au para. 148). Elle était aussi d'accord avec le juge en chef pour dire que l'article 16 de la *Charte* devrait encadrer l'interprétation de l'article 19 et lui donner une signification différente que l'article 133 de la Constitution (*ibid.* : au para. 177). Finalement, elle a rappelé plusieurs passages du *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* effectuant une interprétation large des droits linguistiques (*ibid.* : au para. 178). C'est donc sans surprise que la juge Wilson, dissidente dans les arrêts *Bilodeau* et *MacDonald*, interprétait aussi le paragraphe 19(2) de la *Charte* comme incluant le droit pour les parties en cause d'être comprises par les juges.

En somme, la majorité de la Cour interprète la portée du paragraphe 19(2) de la *Charte* de la même façon que les dispositions sur le bilinguisme juridique contenues dans l'article 133 de la Constitution dans les décisions *Bilodeau* et *MacDonald*, soit de façon permissive, mais non prescriptive, laissant le choix au gouvernement de faire usage du français ou de l'anglais dans la

sphère juridique. La question du bilinguisme judiciaire sera aussi au cœur de la prochaine décision, cette fois prenant place en Saskatchewan.

R c. Mercure

En 1988, l'affaire *Mercure* est une autre cause linguistique découlant d'une infraction au Code de la route. En effet, la Saskatchewan s'ajoute au Manitoba et au Québec et relance le débat sur l'article 133 de la Constitution en plus de soulever des enjeux d'ordre constitutionnel ayant trait à l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*.

Le père André Mercure, un Fransaskois, était accusé d'avoir commis un excès de vitesse, en vertu du *Vehicles Act* de la Saskatchewan. Il a été cité à comparaître, en vertu du *Summary Offenses Procedure Act*. L'avocat du père Mercure demande, lors de sa comparution devant la cour provinciale de la Saskatchewan, d'obtenir un plaidoyer en français, que le procès se déroule en français, et de retarder le procès jusqu'à ce que les lois nécessaires à la compréhension de l'accusation qui pesaient contre le père Mercure soient traduites en français. Il considérait que ce droit lui revenait en vertu de l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*, dont la première version, qui avait été adopté en 1877, était en vigueur sur les territoires que nous connaissons maintenant comme étant la Saskatchewan, l'Alberta, et les trois territoires (Yukon, Territoires du Nord-Ouest, et Nunavut). L'article 110 en question est écrit en termes semblables à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il stipule :

110. Toute personne pourra faire usage soit de la langue anglaise, soit de la langue française, dans les débats de l'Assemblée législative des territoires, ainsi que dans les procédures devant les cours de justice ; et ces deux langues seront employées pour la rédaction des procès-verbaux et journaux de l'Assemblée ; et toutes les ordonnances rendues sous l'empire du présent acte seront imprimées dans ces deux langues ; néanmoins, après la prochaine élection générale de l'Assemblée législative, cette Assemblée pourra, par ordonnance ou autrement, régler ses délibérations et la manière d'en tenir procès-verbal et de les publier ; et les règlements ainsi faits seront incorporés dans une proclamation qui sera immédiatement promulguée et publiée par le lieutenant-gouverneur en conformité de la loi, et ils auront ensuite plein effet et vigueur.

En 1905, lors de la création des provinces de la Saskatchewan et de l'Alberta l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest* est incorporé aux lois fondatrices de ces nouvelles provinces (ici, à l'article 16 de la *Loi sur la Saskatchewan*), avec comme résultat que les garanties linguistiques de l'article 110 s'appliquaient maintenant en Saskatchewan et en Alberta. Entre 1905 et 1988, ni la

Saskatchewan ni l'Alberta n'avaient légiféré afin de tenter de modifier ou d'abroger ces garanties.

En première instance, le juge de la Cour provinciale de la Saskatchewan a considéré que le père Mercure avait le droit d'utiliser le français devant les tribunaux de la province, mais que l'utilisation d'un interprète serait une mesure satisfaisante afin de respecter ses droits. Le père Mercure a démontré son désaccord en gardant le silence durant son procès, qui a eu lieu en anglais. Il a été déclaré coupable d'excès de vitesse. Suite au rejet de l'appel de cette cause en Cour d'appel, le père Mercure a demandé l'autorisation de se présenter devant la Cour suprême. Il a obtenu cette autorisation, mais est décédé avant le début du procès. La Fédération des francophones hors Québec (FFHQ), l'Association canadienne-française de l'Alberta (ACFA) et l'Association culturelle franco-canadienne de la Saskatchewan (ACFCS) ont alors été autorisées par la Cour suprême à devenir les parties principales du pourvoi.

La Cour suprême devait clarifier la question à savoir si l'article 110 de *l'Acte des Territoires du Nord-Ouest* était encore en vigueur après l'adoption de la *Loi sur la Saskatchewan* de 1905, loi créant la province (*R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234 : 255). La décision de la Cour suprême, rédigée par le juge La Forest pour la majorité, a déterminé, d'une part, que l'article 110 a continué d'être en vigueur après 1905, mais, d'autre part, qu'il n'a pas été enchâssé dans la Constitution de 1867⁵⁷. Le père Mercure gagnait sa cause, son procès en cour provinciale étant déclaré nul puisqu'il n'avait pas eu lieu dans la langue officielle de son choix. En effet, comme l'indique le juge La Forest en écrivant pour la majorité, le droit d'utiliser la langue officielle de son choix devant le tribunal signifie aussi le droit d'avoir son témoignage enregistré dans la langue originale. Pour Réaume, cette décision est déterminante, car elle remet en question la position prise par la majorité de la Cour dans les trois décisions précédentes, selon laquelle le droit d'utiliser la langue officielle de son choix devant les tribunaux, énoncé dans la Constitution, ne comporterait pas aussi un droit d'être compris dans cette langue (Réaume, 2002 : 611). Le juge La Forest était en porte-à-faux des décisions *MacDonald* et *Société des Acadiens*, énoncées deux ans plus tôt. Toutefois, il reconnaît que l'article 110 de *l'Acte des Territoires du Nord-Ouest*

⁵⁷ Cette décision, basée à l'époque sur une recherche historiographique peu étoffée, soit principalement les travaux (maintenant controversés) de Mason Wade sur le Canada français, a été remise en question par les recherches historiques effectuées dans le cadre de la cause *Caron/Boutet*. Il se pourrait que la Cour suprême renverse la décision la jurisprudence de *Mercure* lorsqu'elle rendra sa décision dans cette affaire, dans le courant de l'année 2015. À cet effet, voir Power, Larocque et Bossé (2012).

n'avait pas été enchâssé dans la constitution de 1867, et a suggéré à l'Assemblée législative provinciale de modifier la constitution de la province pour lui permettre de formaliser son unilinguisme anglais. Selon le juge La Forest,

L'Assemblée législative a le pouvoir de modifier sa constitution par voie législative ordinaire, mais ce faisant elle doit respecter le mode et la forme requis par la loi adoptée, imprimée et publiée en français et en anglais. Par conséquent, l'Assemblée législative peut avoir recours à l'expédient manifeste, voire même ironique, de l'adoption d'une loi bilingue abrogeant les restrictions que lui impose l'art. 110, puis déclarant valides toutes les lois provinciales nonobstant le fait qu'elles aient été adoptées, imprimées et publiés en anglais uniquement (*R. c. Mercure* : 280-281).

Les juges Estey et McIntyre, dans un jugement dissident, argumenteront que les tribunaux de la Saskatchewan n'étaient plus sous la juridiction de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*. La création d'une nouvelle province séparait ces tribunaux de ceux des Territoires, qui étaient, pour leur part, du ressort du gouvernement fédéral. Selon ces deux juges, l'article 3 de la *Loi sur la Saskatchewan*

prévoit que les « dispositions des Lois constitutionnelles de 1867 à 1886 s'appliquent à la province de la Saskatchewan », excepté les dispositions, comme l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui sont « expressément applicables [...] à une ou plusieurs et non à la totalité des dites provinces » (*ibid.* : 239)

L'article 3 signifie selon eux que la nouvelle province avait le pouvoir de créer ses propres tribunaux, et que ceux-ci ne découlaient pas d'une loi antérieure. Ces nouveaux tribunaux n'étaient pas assujettis à l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*, et n'avaient pas d'obligation en matière de bilinguisme.

Suite à la décision de la Cour suprême, la province de la Saskatchewan a profité de l'occasion en abrogeant l'article 110 et en adoptant une nouvelle *Loi linguistique*, confirmant l'unilinguisme officiel anglais de la province, en 1988 (Rainey, 1988 : 231). Elle fut suivie quelques mois plus tard de l'Alberta, qui avait des dispositions juridiques identiques, ayant été fondée en même temps que la Saskatchewan (Foucher, 2005 : 144).

Ford c. Procureur général du Québec et Devine c. Procureur général du Québec⁵⁸

Les deux prochaines décisions nous ramènent au Québec, où la validité constitutionnelle de la *CLF* est à nouveau remise en question au chapitre de ses dispositions sur l’affichage commercial et les raisons sociales des entreprises. Selon les articles 58 et 69 de la *CLF*, l’affichage public devait être fait en français uniquement, et que seule la raison sociale des sociétés en langue française pouvait être utilisée au Québec. Selon *Chaussure Brown’s*, *Valerie Ford*, *McKenna Inc.*, *Nettoyeur et Tailleur Masson Inc.*, et la *Compagnie de fromage Nationale Inc.*, ces dispositions portaient atteinte à leur liberté d’expression, telle qu’énoncée à l’article 2b) de la *Charte*, qui inclut le droit de s’exprimer dans la langue de son choix. Elles étaient considérées discriminatoires en vertu des articles 3 et 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, qui protègent respectivement la liberté d’expression et le droit à l’égalité et à la non-discrimination⁵⁹. En d’autres mots, les représentants de ces sociétés souhaitaient que les personnes morales (les sociétés, entreprises, et raisons sociales) soient aussi protégées par les articles susmentionnés.

La Cour suprême, dans un jugement unanime, a repris une partie du raisonnement du *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, et ce à l’instar des deux cours inférieures du Québec, et décidait que la liberté d’expression, comme entendue par la constitution canadienne, incluait la liberté de s’exprimer dans la langue de son choix⁶⁰ :

La conclusion de la Cour supérieure et de la Cour d’appel sur cette question est exacte. La langue est si intimement liée à la forme et au contenu de l’expression qu’il ne peut y avoir de véritable liberté d’expression linguistique s’il est interdit

⁵⁸ Nous traitons de ces deux décisions en même temps car elles ont été entendues et rendues de façon concomitante par la Cour suprême, et parce que les questions au cœur des deux décisions sont très similaires, touchant les mêmes dispositions linguistiques.

⁵⁹ Plus précisément, la *CLF* énonce, à l’article 3, « Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d’opinion, la liberté d’expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d’association »; à l’article 10, Toute personne a droit à la reconnaissance et à l’exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l’orientation sexuelle, l’état civil, l’âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l’origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l’utilisation d’un moyen pour pallier ce handicap. Il y a discrimination lorsqu’une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit ». Le paragraphe 2b) de la *Charte canadienne*, pour sa part, énonce la « liberté de pensée, de croyance, d’opinion et d’expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication ».

⁶⁰ Voir aussi à ce sujet Richez (2014 : 17).

de se servir de la langue de son choix. Le langage n'est pas seulement un moyen ou un mode d'expression. Il colore le contenu et le sens de l'expression. Comme le dit le préambule de la *Charte de la langue française* elle-même, c'est aussi pour un peuple un moyen d'exprimer son identité culturelle. C'est aussi le moyen par lequel un individu exprime son identité personnellement et son individualité. [...] Cela nous permet de penser que la « liberté d'expression » est censée englober plus que le contenu de l'expression au sens étroit (*Ford c. Procureur général du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712 : 749).

La liberté d'expression est comprise par les juges de façon large, s'étendant à la langue utilisée pour s'exprimer, puisque la langue choisie en soi est porteuse de sens. Les juges ont aussi reconnu que l'expression commerciale devrait être comprise comme faisant partie des types d'expression protégés par l'al. 2b) de la *Charte*. Finalement, les juges ont décidé que les articles 58 et 69 ne passaient pas le test de *Oakes*, conformément à la décision *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 (au para. 62) instaurant un test en deux étapes afin de justifier une limite aux droits de la *Charte*. D'abord, le test doit déterminer si « la restriction au droit garanti [...] est 'raisonnable'. » Ensuite, il sert à préciser si sa justification « 'peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique' ». Ainsi, les dispositions de la Loi 101 concernant l'affichage ont été jugées disproportionnées par rapport au but souhaité par les articles en question, et ne pouvaient donc pas être justifiées en vertu de l'article 1 de la *Charte*. L'emploi exclusif du français dans l'expression commerciale n'était pas justifié pour protéger la langue française au Québec, ce qui donnait raison aux intimées.

Dans l'arrêt *Devine*, également rendu par une cour unanime et de façon concomitante à *Ford*, les juges de la Cour suprême en sont venus à des conclusions semblables, puisqu'il s'agissait essentiellement de clarifier les mêmes questions que dans la décision précédente. Plus précisément, le propriétaire d'un commerce d'imprimerie et de papeterie de Montréal, Allan Singer, affichant ses services en anglais seulement et disant desservir une clientèle à prédominance anglophone demandait aux juges d'annuler la législation cherchant à « réglementer l'usage du français dans le commerce et les affaires » retrouvée dans la Loi 101 (articles 59 à 61) et dans le *Règlement sur la langue du commerce et des affaires* de la province de Québec. Cette législation stipulait que les catalogues, brochures, et autres publications publicitaires, les formulaires de gestion interne (demande d'emploi, factures et autres) ainsi que l'affichage commercial devaient être en français seulement. Selon M. Singer, ces lois outrepassaient les compétences de la province en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*,

articles 91 et 92, et allaient à l'encontre de la *Charte* canadienne (paragraphe 2b) et article 15) et de la *Charte* québécoise (article 3) (*Devine c. Procureur général du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 790 : 797). La Cour suprême décide que, la langue étant une compétence accessoire, la province de Québec n'avait pas agi à l'extérieur de ses propres compétences en vertu de la constitution canadienne. Toutefois, elle a aussi décidé que la garantie de liberté d'expression, protégée par l'article 3 de la *Charte* québécoise, et la garantie contre la discrimination, protégée par son article 10, étaient brimées par la Loi 101, et que cette restriction ne pouvait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne.⁶¹

Pour récapituler, la présente section a présenté neuf causes durant la période allant de 1982 à 1988. Les deux premières décisions portaient sur le droit à l'instruction dans la langue de la minorité en vertu de l'article 23 de la *Charte*. Les provinces de l'Ontario et du Québec, respectivement, ont été rappelées à l'ordre par les juges parce qu'elles ne respectaient pas leurs obligations constitutionnelles envers leur minorité de langue officielle. Le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba* a reconnu le caractère constitutionnel des dispositions sur les langues officielles au Manitoba. Les trois décisions de 1986, pour leur part, portaient sur le bilinguisme judiciaire, et ont conclu que le droit constitutionnel d'utiliser la langue de son choix devant les tribunaux et dans les documents provenant des tribunaux reposait à la fois chez le législateur et chez l'utilisateur. Dans l'arrêt *Mercurie*, la Cour suprême a décidé que les dispositions en matière de bilinguisme judiciaire en Saskatchewan datant d'avant l'entrée de la province dans la Confédération étaient encore en vigueur, mais pas constitutionnalisées comme dans le cas du Manitoba. Finalement, dans les deux décisions de 1988, les sections de la *CLF* à l'égard de la langue d'affichage et de la langue du commerce et des affaires au Québec ont été jugées inconstitutionnelles.

Maintenant que nous avons présenté les décisions découlant de chacune des causes de cette période, nous pouvons passer au type d'interprétation, incluant les principes

⁶¹ Suite à ces deux arrêts de la Cour suprême, le gouvernement Bourassa adopta des modifications à la *CLF* permettant l'affichage bilingue avec prédominance du français à l'intérieur des commerces, mais limitant l'affichage extérieur au français seulement, outrepassant la décision des juges à l'aide de la clause dérogatoire à l'article 33 de la *Charte*. Cependant, avant la fin des cinq années où la clause dérogatoire était en vigueur, le gouvernement adopta finalement une politique respectant les décisions *Ford* et *Devine*, où l'utilisation commerciale du français de l'anglais (ou d'une autre langue seconde) était accepté, à condition que le français apparaisse en premier et en lettres de plus grand format que la langue seconde (Richez, 2014).

d'interprétation et les traditions étatiques mobilisés, préconisé dans chaque décision par les juges.

L'interprétation des droits linguistiques canadiens

Depuis les années 1970, nous constatons que les juges interprètent des textes de loi en l'absence d'une jurisprudence sur laquelle ils peuvent faire reposer leurs analyses. Le tableau 3.6 rappelle les dispositions constitutionnelles touchées par les causes en question. Il présente aussi une synthèse des différents types d'interprétation qui ont été proposés par les juges. Entre autres, nous verrons que les juges ont puisé non seulement aux principes d'interprétation constitutionnelle, comme la règle de Driedger (que nous expliquerons plus loin), mais ils ont aussi puisé leurs références dans les traditions étatiques canadiennes, dont celle du fédéralisme et celle du compromis politique, afin de jeter les bases d'un nouveau paradigme d'interprétation des droits linguistiques canadiens. Or, nous constatons que l'interprétation des droits linguistiques à l'époque n'est pas univoque ou toujours unanime. Comme le suggère Braën (1988), il existe deux approches en voie d'être échafaudées, soit une approche *libérale* que l'on voit de façon plus marquée dans les décisions de la juge Wilson et du juge Dickson et une approche plus *restrictive* à ces droits comme le montrent les interprétations du juge Beetz.

Tableau 3.6 L'interprétation des droits linguistiques dans la jurisprudence, 1982-1988

Titre de la décision	Année	Dispositions touchées	Type d'interprétation
<i>Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights</i>	1984	Art. 93, <i>Loi constitutionnelle de 1967</i> Art. 23, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> <i>Education Act</i> de l'Ontario	Principe de réparation Égalité des langues officielles Fédéralisme Nature sociale des droits linguistiques
<i>Procureur général du Québec c. Quebec Protestant School Boards</i>	1984	Art. 72-73, <i>Charte québécoise de la langue française</i> Art. 23, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	Principe de réparation Égalité des langues officielles Fédéralisme
<i>Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba</i>	1985	Art. 23, <i>Loi de 1870 sur le Manitoba Official Language Act</i> du Manitoba	Égalité des langues officielles Nature sociale des droits linguistiques
<i>Bilodeau c. Procureur général (Manitoba)</i>	1986	Art. 23, <i>Loi de 1870 sur le Manitoba Highway Traffic Act</i> du Manitoba	Égalité des langues officielles Compromis politique (Wilson, dissidente : Égalité des langues officielles)
<i>MacDonald c. Ville de Montréal</i>	1986	Art. 133, <i>Loi constitutionnelle de 1867</i>	Égalité des langues officielles Compromis politique (Wilson, dissidente : Égalité des langues officielles ; Dualité linguistique ; Nature

			sociale des droits linguistiques)
<i>Société des Acadiens c. Association of Parents</i>	1986	Art. 13, <i>Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick</i> Art. 14, 16, 19, 20, 27, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	Compromis politique (Dickson, dissident : Égalité des langues officielles ; dualité linguistique) (Wilson, dissidente : Égalité des langues officielles; Principe de progression)
<i>R. c. Mercure</i>	1988	Art. 110, <i>Acte des Territoires du Nord-Ouest</i> Art. 14, 16, <i>Loi sur la Saskatchewan</i>	Égalité des langues officielles Nature sociale des droits linguistiques Dualité linguistique Compromis politique (Estey et McIntyre, dissidents : dissidence sur raisons historiques)
<i>Ford c. Procureur général (Québec)</i>	1988	Art. 58, 59, 69, 205, 208, 214, <i>Charte de la langue française</i> Art. 1, 2, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> Art. 3, 9, 10, <i>Charte des droits et libertés de la personne du Québec</i>	Fédéralisme Nature sociale des droits linguistiques
<i>Devine c. Procureur général (Québec)</i>	1988	Art. 91, 92, <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> Art. 52, 57-61, <i>Charte de la langue française</i> <i>Règlement sur la langue du commerce et des affaires</i> Art. 1, 2, 15, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> Art. 3, 9, 10, <i>Charte des droits et libertés de la personne du Québec</i>	Fédéralisme Nature sociale des droits linguistiques

Les deux premières décisions de la décennie ont porté, comme nous l'avons vu, sur l'article 23 de la *Charte*. Parmi certains principes d'interprétation qui guident l'interprétation des juges dans les deux causes, mentionnons les principes de réparation, d'égalité des langues officielles, et le fédéralisme. Par ailleurs, dans le renvoi *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights*, il est aussi question de la *nature sociale des droits linguistiques*. Nous explorerons tour à tour chacun de ces principes et leur incidence sur la portée des droits linguistiques dans chaque décision.

En premier lieu, dans le renvoi *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights*, la Cour d'appel de l'Ontario a appliqué la directive d'interprétation juridique qu'est la règle de Driedger, afin de souligner l'intention des législateurs de donner à l'article 23 une dimension réparatrice. La règle d'interprétation de Driedger a été élaborée par le professeur de droit Elmer A. Driedger dans son ouvrage *The Construction of Statutes*, paru pour

la première fois en 1974. Ce « principe moderne »⁶² d'interprétation a rapidement fait consensus au sein de la communauté juridique canadienne, à tel point que dans les 20 années subséquentes, il « s'est imposé comme LA référence en la matière à la Cour suprême du Canada » (Beaulac et Côté, 2006 : 130). La directive de Driedger stipule :

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. (Driedger, 1983 : 87)

En d'autres termes, Driedger suit le principe herméneutique d'interprétation d'un texte selon son contenu littéral, son contexte d'adoption, et l'intention du législateur lors de son adoption, comme nous l'avons vu au dernier chapitre. Selon la Cour, la règle de Driedger, dans ce cas spécifique, dévoilait que l'intention du constituant, lorsqu'il a promulgué l'article 23, était de réparer les torts historiques causés aux minorités francophones :

What that history reveals [...] is that rights or privileges to determine language use in educational facilities, which the French-speaking minority had at the time of entering into the federation, were later denied. Although in our own province this denial was subsequently withdrawn and, indeed, in recent years measures have been taken to overcome this past deprivation, many problems remain (Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights: 55).

Selon la Cour d'appel, il était clair que le constituant voulait remédier à ce tort historique par l'entremise de l'article 23, et c'est pourquoi une interprétation libérale et généreuse était nécessaire comme le souligne également Braën (1988 : 41). Parmi ces torts, la Cour d'appel mentionne le Règlement 17 et l'affaire *Mackell*, dans laquelle le Comité judiciaire du Conseil privé avait refusé de reconnaître que des droits linguistiques faisaient partie de droits des minorités religieuses énoncés à l'article 93 de la Constitution⁶³. La Cour d'appel expliquera plus loin : « *The historical background [...] makes it apparent that the lack of effective control of French language education and facilities has led to the rapid assimilation of francophones in Ontario* » (*Reference re Education Act of Ontario* : 56). C'est à la lumière de ces développements historiques démontrant que la communauté franco-ontarienne avait été victime

⁶² On appelle ce principe d'interprétation « moderne » car il se différencie d'une interprétation classique, s'arrêtant seulement au corps du texte, sans égard pour les autres aspects de l'interprétation préconisée par Driedger.

⁶³ Voir l'arrêt *Trustees of the Roman Catholic Separate School for the City of Ottawa c. Mackell* (1916), [1917] A.C. 62, 32 D.L.R. 1 (P.C.).

d'un tort manifeste en matière d'éducation, et du caractère réparateur attribué à l'article 23, que les juges ont décidé d'interpréter cet article de façon large et d'affirmer qu'il comprend, pour la minorité, un certain droit de gestion sur ses propres écoles. Toutefois, comme nous l'avons vu plus haut, il n'est pas question ici d'octroyer le contrôle et la gestion pleinement autonomes aux francophones de l'Ontario, mais bien de leur conférer le droit de contrôle et de gestion à l'intérieur des conseils scolaires existants. La nuance est importante.

Une autre doctrine d'interprétation utilisée par les juges de la Cour d'appel est la « doctrine de la progression », aussi appelée « doctrine de l'arbre vivant ». Cette doctrine a ses racines dans l'affaire *Edwards v. Canada*, mieux connue sous le nom de « l'affaire personne », où le comité judiciaire du Conseil privé de Londres avait décidé que les femmes canadiennes étaient bel et bien des « personnes » et pouvaient donc siéger au Sénat du Canada (*Edwards v. Canada (Attorney General)*, 1930 A.C. 124 (P.C.)). Lord Sankey, pour le Comité judiciaire, avait alors dit de la Constitution canadienne : « *The British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits* » (*ibid.* : 9). Cette doctrine signifie que la Constitution canadienne ne peut être interprétée de façon littérale; elle doit être interprétée en prenant compte du contexte contemporain afin que la constitution s'adapte aux changements de la société canadienne. En d'autres mots, les juges doivent s'assurer de donner à la constitution canadienne, cet « arbre vivant », la capacité de grandir. Cette doctrine a été formalisée dans l'arrêt *Southam*. Comme l'explique la Cour d'appel,

It is pertinent to make reference to the fact that the Charter is part of our basic constitutional document [...] and that, as shown earlier in the historical introduction to this opinion, s. 23 thereof is a remedial provision. Both facts impel this Court to a large and liberal interpretation. With respect to the effect of the first fact, Mackinnon A.C.J.O. stated for this court in Re Southam Inc. and the Queen (no. 1), supra, at p. 123 O.R. p. 418 D.L.R.:

The Charter as part of a constitutional document should be given a large and liberal construction. The spirit of this new "living tree" planted in friendly Canadian soil should not be stultified by narrow technical, literal interpretations without regard to its background and purpose; capability for growth must be recognized [...] (Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights: 45).

L'analogie de « l'arbre vivant » est importante dans ce contexte, car elle souligne la volonté, de la part de la Cour d'appel, d'interpréter l'article 23 de façon à ce qu'il ait un impact réel sur la

minorité francophone et à ce que ses garanties s'adaptent à la situation actuelle. Le principe de progression semble légitimer l'interprétation libérale de l'article 23 adoptée par les juges.

Les juges de la Cour d'appel de l'Ontario avaient aussi conclu qu'un des principes importants pour le législateur était celui de l'égalité linguistique. Ainsi, les juges de la Cour d'appel en déduisent que « *[t]he quality of education to be provided to the minority is to be on a basis of equality with the majority* » (*ibid.* : 58).

Compte tenu du fait qu'au Canada, l'éducation est un domaine relevant des provinces, cette première décision mobilise la tradition étatique du *fédéralisme*. Le fédéralisme est sans contredit une tradition étatique de prime importance au Canada. Il est caractérisé par ce que Smith (2010 : 20-21) a appelé le « double fédéralisme » du Canada, soit qu'il existe deux types de représentations du fédéralisme au pays : culturelle et territoriale. Comme il l'explique,

There are two reasons for adopting a federal constitution. One is to recognize cultural difference, defined by features such as language, religion, or ethnicity. The other is to incorporate territory. Most federations are attributable to one or other imperative. Canada is unusual in having at its origins both imperatives: one, to give Quebec jurisdiction over matters deemed essential to the preservation of its culture [...] and two, to establish the central political institutions that would make territorial expansion possible through the transfer to Canada from the Hudson's Bay Company of Rupert's Land and the North-Western Territories (Smith, 2010 : 21).

Or, la *Charte* venait instaurer des droits universels (incluant des droits linguistiques) partout au Canada, envers lesquels les juges faisaient preuve d'un certain leadership (Cardinal, 2015 : 42). La nouvelle situation créait tout un défi à la représentation du fédéralisme, notamment par le chevauchement entre certains aspects de *Charte*, dont les dispositions linguistiques (domaine culturel) et des domaines relevant des provinces (domaine territorial) comme l'éducation. Selon Smith, voilà une contradiction inhérente à la Constitution de 1982 (Smith, 2010 : 128). Janet Hiebert est du même avis. Selon elle,

The Charter's intersection with federalism tells an important story of significant change arising from the promotion of identities based on "Canadianness" at the expense of "competing regional loyalties", the homogenization of legislation, and the defederalization of political culture (Hiebert, 2010: 55).

Autrement dit, les principes universels portés par la *Charte* étaient en porte-à-faux avec celui de la protection des différences culturelles et territoriales grâce au fédéralisme. Dans le *Renvoi ontarien*, il est clair que les juges sont conscients de cette contradiction et tentent dans la mesure

du possible de respecter ces deux pendants – culturel et territorial – du fédéralisme canadien, tout en effectuant une interprétation des droits reconnus à l'article 23 de la *Charte* apte à résoudre les lacunes du « compromis de 1867 » (Foucher, 1987 : 387). La situation a donné lieu à un tour de force légal. La Cour d'appel démontre qu'elle est consciente de la division des pouvoirs découlant du fédéralisme, et des limites que constitue l'article 23 aux pouvoirs des provinces eu égard à l'éducation dans la langue de la minorité. Les provinces ont donc le pouvoir, voire l'obligation d'agir dans ce domaine à l'intérieur du cadre prescrit par l'article 23. Comme le précise la Cour d'appel :

The Legislature has exclusive power to make laws in relation to education and to establish a system for the management thereof that it deems suitable to conditions in the province. Section 23 limits this power in respect to minority language education. The rights conferred by this section with respect to minority language facilities impose a duty on the Legislature to provide for educational facilities which, viewed objectively, can be said to be of or appertain to the linguistic minority (Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights : 58).

Le double fédéralisme canadien, et le casse-tête que pose l'article 23 de la *Charte* à celui-ci, est une des raisons pour laquelle les juges préfèrent ne pas donner trop de détails quant à la façon dont la province de l'Ontario, dans cette instance précise, devra amender son *Education Act* afin de répondre aux exigences de la *Charte*. La tradition du fédéralisme conduit la Cour à laisser aux législateurs le loisir de débattre des mesures particulières à adopter à l'intérieur de ce cadre légal⁶⁴.

Finalement, la Cour d'appel de l'Ontario ouvre la voie à une interprétation fondée sur la nature sociale des droits linguistiques, en faisant mention du caractère social des établissements d'éducation de la minorité. Selon Foucher (1987 : 401-402), de comprendre les droits linguistiques comme des droits « sociaux » exige de les distinguer des droits civils ; les premiers sont des droits dits « positifs », alors que les seconds sont des droits « négatifs ». Alors qu'un droit civil est synonyme d'une liberté, d'une obligation pour l'État de ne pas intervenir (par exemple le droit à la liberté de religion ou d'expression), un droit de nature sociale « ne peut être mis en œuvre sans une intervention de l'État » (*ibid.*). De plus, selon Foucher, « [l]a mise en œuvre de ces droits est difficile, car les tribunaux refusent en règle générale de sanctionner le

⁶⁴ Cette décision pourrait aussi être étudiée à la lumière de la théorie de la séparation des pouvoirs de l'État, une notion remontant aux travaux pionniers de Montesquieu, mais que nous n'abordons pas dans le cadre de la présente recherche.

refus d'agir des législateurs » (*ibid.*) Les textes de loi en matière linguistique au Canada sont ambigus à l'égard de leur nature, puisque ces droits sont souvent énoncés en termes individuels (par exemple, « chacun a le droit... »)⁶⁵. Dans le Renvoi ontarien, toutefois, les juges rendent explicite le lien entre les écoles et la communauté culturelle qu'elles doivent desservir :

The rights conferred by [section 23] with respect to minority language facilities impose a duty on the Legislature to provide for educational facilities which, viewed objectively, can be said to be of or to appertain to the linguistic minority in that they can be regarded as part and parcel of the minority's social and cultural fabric (Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights : 58).

Autrement dit, la province a le devoir d'assurer qu'il existe bel et bien un lien tangible entre les écoles où l'instruction est dispensée dans la langue de la minorité et les communautés que ces écoles desservent. Elles doivent pouvoir transmettre la culture de ces communautés.

La Cour d'appel de l'Ontario a fait figure de pionnière dans son interprétation, en abordant de front la nature sociale inhérente aux garanties constitutionnelles de l'article 23. La Cour s'appuie d'ailleurs sur ce constat, comme nous l'observons dans la citation ci-dessus, afin d'asseoir le droit de gestion et de contrôle de la minorité francophone de la province sur des établissements d'enseignement qui sont considérés comme leur appartenant.

Quelques mois plus tard, la décision *Quebec Protestant School Boards*, rendue par la Cour suprême, reprend une grande partie de l'interprétation de l'article 23 de la Cour d'appel de l'Ontario. En premier lieu, les juges de la Cour suprême utilisent aussi la règle de Driedger, mettant en lumière l'intention du législateur de réparer un tort historique par l'adoption de l'article 23 :

Cet ensemble de dispositions [l'article 23 de la *Charte*], 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 [...]. [L]e constituant a manifestement jugé déficient certains des régimes en vigueur au moment où il légiférait, et peut-être même chacun d'entre eux, et il a voulu remédier à ce qu'il considérait comme leurs défauts par des mesures réparatrices uniformes, celles de l'art. 23 de la *Charte*, auxquelles il conférait en même temps le caractère d'une garantie constitutionnelle (*Quebec Protestant School Boards* : 79).

⁶⁵ À cette époque, l'article 16.1 de la *Charte* sur l'égalité des *communautés* linguistiques du Nouveau-Brunswick n'existait pas encore.

La Cour suprême reprendra aussi l'approche de la Cour d'appel de l'Ontario envers l'égalité des langues officielles, en confirmant, comme le souligne Foucher (1987 : 386), que l'article 23 a comme « but ultime [...] de rétablir l'égalité entre les communautés linguistiques au plan scolaire » par l'entremise d'une mesure s'appliquant de façon uniforme partout au pays. La Cour suprême affirme d'ailleurs que l'intention du législateur était de créer un régime général de protection du droit des minorités linguistiques visant à réformer certains régimes juridiques provinciaux, dont, au premier plan, celui du Québec. Comme l'expliquent les juges,

Sans doute est-ce un régime général que le constituant a voulu instaurer au sujet de la langue de l'enseignement par l'art. 23 de la *Charte* et non pas un régime particulier pour le Québec. Mais, vu l'époque où il a légiféré, et vu surtout la rédaction de l'art. 23 de la *Charte* lorsqu'on la compare à celle des art. 72 et 73 de la *Loi 101*, il saute aux yeux que le jeu combiné de ces deux derniers articles est apparu au constituant comme un archétype des régimes à réformer ou que du moins il fallait affecter et qu'il lui a inspiré en grande partie le remède prescrit pour tout le Canada par l'art. 23 de la *Charte* (*Quebec Protestant School Boards* : 79-80).

Les juges démontrent ici aussi une sensibilité au chevauchement entre la compétence des provinces en matière d'éducation et le régime universel d'éducation dans la langue de la minorité que le gouvernement fédéral avait cherché à instaurer par l'entremise de l'article 23, une référence implicite au fédéralisme. À l'instar de la Cour d'appel de l'Ontario, ils refusent d'énoncer un remède spécifique auquel la province du Québec devrait se soumettre afin de remplir ses obligations en vertu de la *Charte*.

En dernier lieu, la Cour suprême fait état, dans *Quebec Protestant School Boards*, du caractère particulier des droits linguistiques contenus dans l'article 23. C'était un raisonnement qui avait pris racine dans *Jones*, en 1975. La Cour suprême écrit :

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. L'article 23 de la *Charte* constitue, dans sa spécificité, un ensemble unique de dispositions constitutionnelles, tout à fait particulier au Canada (*Quebec Protestant School Boards* : 79).

La Cour démontre ici que les droits linguistiques nécessitent une interprétation différente des autres droits contenus dans la *Charte*. Soulignons que cette section de la décision a été matière à débat entre les juristes. Pour Foucher (1987 : 386), le renvoi au caractère particulier des droits linguistiques semblait ne faire partie que d'un raisonnement plus large cherchant à octroyer une interprétation généreuse à ces droits. Or, pour Green et Réaume, l'insistance de la Cour suprême sur le caractère unique de cette section de la *Charte* laissait présager une attitude subséquente de retenue envers les droits linguistiques. Ces derniers craignaient que ce soit le premier pas vers une « *easy slide from the halo of 'uniqueness' to the shadow of 'peculiarity' in describing language rights* » (Green et Réaume, 1990 : 565), c'est-à-dire que paradigme d'interprétation généreuse des droits linguistiques qui avait commencé à prendre forme à la fin de la dernière décennie soit remplacé par un paradigme d'interprétation plus restrictive.

Ces deux premières décisions étaient lourdes de sens. Les principes guidant les juges dans l'interprétation de l'article 23 de la *Charte* allaient généralement dans le sens d'une interprétation généreuse des droits compris dans ce texte de loi. La reconnaissance de la nature sociale de la langue et le principe de réparation, en particulier, laissaient promettre un plus grand interventionnisme de la part des juges en matière de droit linguistique, en donnant ici lieu à une représentation des droits à l'éducation dans la langue de la minorité comme des droits devant être interprétés de façon généreuse. C'est de cette première représentation qu'a découlé le droit, pour la minorité, à la gestion et au contrôle de ses établissements d'enseignement.

En 1985, dans *le Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, les juges confirment le principe d'égalité des langues française et anglaise, itéré à l'article 23 de la *Loi sur le Manitoba*, qui reprend les dispositions de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour suprême interpelle aussi la nature sociale des droits linguistiques. Le juge Dickson pour une cour unanime explique :

L'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* est une manifestation spécifique du droit général qu'ont les Franco-Manitobains de s'exprimer dans leur propre langue. L'importance des droits en matière linguistique est fondée sur le rôle essentiel que joue la langue dans l'existence, le développement et la dignité de l'être humain. C'est par le langage que nous pouvons former des concepts, structurer et ordonner le monde autour de nous. Le langage constitue le pont entre l'isolement et la collectivité, qui permet aux êtres humains de délimiter les droits et obligations qu'ils ont les uns envers les autres, et ainsi, de vivre en société (*Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba : aux paras. 45-46*).

Le lien entre individu et société, par l'entremise d'une langue commune, est ici rendu explicite par la Cour suprême. C'est sur la base de ce principe que la Cour rappelle l'importance de protéger les droits linguistiques des Franco-Manitobains, bafoués depuis 1890, et conséquemment de déclarer l'*OLA* invalide (*ibid.*).

L'approche libérale à l'interprétation des droits linguistiques ayant animé la Cour d'appel de l'Ontario, puis la Cour suprême, durant les premières décisions de la période étudiées dans ce chapitre, fut toutefois différente en matière de droits judiciaires, qui constituent le cœur des trois décisions de la Cour suprême rendues en 1986, que l'on appelle aujourd'hui la « trilogie du compromis politique ». Cette trilogie représente le premier point tournant depuis l'adoption de la *Charte* dans notre analyse. En effet, le juge Beetz, auteur des décisions majoritaires de deux des trois décisions de la trilogie, puise à une autre tradition étatique, soit celle du compromis politique, dans son interprétation de la portée de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle* (dans *MacDonald*) et de l'article 19(2) de la *Charte* (dans *Société des Acadiens*). Puisque dans la première décision rendue, soit *Bilodeau*, le juge en chef Dickson renvoie directement aux motifs de l'arrêt *MacDonald* (*Bilodeau* : au para. 11), ce principe s'est aussi appliqué à l'article 23 de la *Loi sur le Manitoba*. Pour cette raison, nous passerons directement à la décision *MacDonald* pour analyser les principes d'interprétation mobilisés par la Cour suprême dans cette trilogie de décisions.

Dans l'arrêt *MacDonald*, non seulement l'égalité des deux langues officielles était-elle aussi utilisée dans l'argumentaire du jugement majoritaire ; le juge est allé plus loin en mentionnant le statut spécial des deux langues officielles :

Les langues française et anglaise sont non seulement placées sur un pied d'égalité, mais encore elles se voient conférer un statut privilégié par rapport à toutes les autres langues. Et cette égalité et ce statut privilégié sont tous les deux garantis par l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Sans la protection de cette disposition, il serait possible, par simple voie législative, d'accorder à l'une des deux langues officielles une certaine mesure de préférence [...] (*MacDonald* : au para. 116).

Selon le juge Beetz, sans l'article 133, le législateur serait en droit de favoriser l'une ou l'autre langue officielle. Cet argumentaire est toutefois mitigé, comme le remarque Foucher (1987 : 405), par une interprétation des droits linguistiques reposant sur le compromis et sur le fédéralisme. Le juge Beetz dans *MacDonald* (au para. 104), écrit :

Ce système incomplet mais précis [l'article 133] représente un minimum constitutionnel résultant d'un compromis historique intervenu entre les fondateurs quand ils se sont entendus sur les modalités de l'union fédérale. [...] C'est un système qui, du fait qu'il constitue un minimum constitutionnel, et non un maximum, peut être complété par des lois fédérales et provinciales, comme on l'a conclu dans *Jones*⁶⁶.

Arrêtons-nous, premièrement, au compromis, une tradition étatique que le juge Beetz mobilisera à nouveau dans la décision *Société des Acadiens*, l'appliquant alors à l'article 19(2) la *Charte* :

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*, sont formulées de manière si large que les tribunaux seront souvent 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 juridiques (*Société des Acadiens* : aux paras. 63-65).

On voit ici que la référence à l'idée de compromis, tout comme au fédéralisme, n'est pas un principe d'interprétation provenant du droit en soi ; ils ne sont pas inscrits dans les droits que les juges cherchent à interpréter. Il s'agit plutôt d'une tradition étatique remontant, selon le juge Beetz, aux débats entre les Pères fondateurs du pays. Toutefois, le juge Beetz ne prend pas la peine d'expliquer la nature ou l'essence de ce compromis politique, dans l'un ou l'autre des jugements émis en 1986. Or, nous rappelons que pour Cardinal (2015 : 36), la notion de compromis politique, une tradition étatique du Canada au même titre que le fédéralisme, le binationalisme et les droits des minorités religieuses et linguistiques, distingue la constitution canadienne des constitutions britannique et américaine. Selon Cardinal, le compromis politique canadien prend deux formes, soit le « *[p]olitical compromise between its founding peoples (English and French) and between its founding provinces (New Brunswick, Nova Scotia, Ontario*

⁶⁶ Nous soulignons.

and Quebec) » (*ibid.* : 36). Cardinal explique que jusqu'en 1982, le compromis politique était le « principe directeur » par excellence des législateurs en matière linguistique (*ibid.*). Ce fait aussi relevé par le juge Beetz. La tradition du compromis contextualise la représentation que se font les juges des droits linguistiques découlant de l'article 133 et les guide, selon Beetz, vers une interprétation étroite de ces droits. Foucher, pour sa part, explique que le compromis historique que représente l'article 133, qui était l'une des conditions sur lesquelles le Canada a été fondé, était le suivant : « si le Québec acceptait de maintenir les droits d'utiliser le français et l'anglais devant la législature et les tribunaux de la province et d'adopter les lois dans ces deux langues, ces mêmes droits se verraient aussi garantis au niveau fédéral » (Foucher, 1990a : 68).

Par ailleurs, le compromis n'est pas étranger au fédéralisme, comme le démontre la citation tirée de *MacDonald* (au para. 104) ci-haut ; les deux principes sont profondément liés dans la constitution canadienne. Le lien entre compromis et fédéralisme est souligné par la représentation des droits linguistiques retrouvée dans les décisions du juge Beetz – le système fédéral est l'expression d'un compromis reposant en partie sur la dimension culturelle du pacte fédératif de 1867, mais la dimension culturelle a, comme le souligne Smith, « *a direct and often disruptive impact on the life of the other, territorial federation* » (Smith, 2010 : 128). Dans l'interprétation du juge Beetz, il semble toutefois y avoir préséance de la dimension territoriale sur la dimension culturelle du fédéralisme. Autrement dit, comme le souligne Foucher (2008b : 273), la tradition du fédéralisme a porté le juge Beetz à interpréter les droits linguistiques comme s'appliquant symétriquement aux provinces. Il met premièrement les langues française et anglaise sur un pied d'égalité, pour ensuite spécifier que cette égalité est territorialement divisée : le français au Québec (*MacDonald*), l'anglais dans le reste du pays (*Bilodeau, Société des Acadiens*). De cette interprétation des articles 133 et 23 et de l'article 19(2) de la *Charte* découle une représentation du « compromis » de 1867 au sein duquel les minorités linguistiques ne sont pas reconnues, c'est-à-dire que le compromis était lacunaire comme le souligne le même tribunal qui, en 1984, avait offert une interprétation généreuse des droits linguistiques afin de pallier cette lacune. C'est donc d'une version *particulière* de la tradition du compromis politique sur lequel le pays a été fondé qu'interpelle le juge Beetz en interprétant de façon restrictive les dispositions linguistiques de la constitution canadienne, et une version du compromis qui est lourde de conséquences juridiques et politiques pour les oubliés de ce récit particulier du pacte fondateur canadien, soit les FHQ.

En effet, en 1986, la majorité des juges de la Cour suprême a choisi de se servir de cette référence au compromis pour limiter les droits de la minorité francophone du Nouveau-Brunswick, en l'occurrence, par le moyen d'une interprétation contraignante de cette tradition étatique. Pour le juge Beetz, et la majorité de la Cour suprême à sa suite, le compromis constituait un contexte interprétatif limitant la portée de l'article 133 en tant que minimum constitutionnel que seuls les législateurs devraient compléter (comme il fut expliqué dans l'arrêt *Jones*). Puis, dans *Société des Acadiens*, les articles 16 à 20 de la *Charte* ont eu le même traitement. Selon la Cour suprême, il n'appartenait pas aux juges, mais aux législateurs de chaque province de modifier cette garantie minimale à la hausse, comme il avait été fait par l'Assemblée législative au Nouveau-Brunswick. Comme l'explique aussi Foucher, cette interprétation a littéralement eu pour effet de « renvo[yer] la question [de l'évolution du régime linguistique] dans le camp des politiciens » (Foucher, 1987 : 408).

La tradition du compromis politique a aussi eu pour effet de mitiger la notion de progression vers l'égalité indiquée à l'article 16(3) de la *Charte*, interpellée par la décision *Société des Acadiens*. D'expliquer Foucher (2008a : 475), d'une part, l'article 16 de la *Charte* signifie que désormais, « si les francophones sont minoritaires *de facto* en tant que groupe social, la langue française ne l'est plus *de jure* en ce qui a trait aux institutions fédérales ». Autrement dit, l'égalité juridique des langues officielles est entendue dans la *Charte* comme une notion contre-majoritaire, visant à combler le déficit démographique de la minorité linguistique francophone. D'autre part, la progression vers l'égalité « de statut ou d'usage » des deux langues officielles est désignée comme un idéal à atteindre par l'article 16(3) de la *Charte*. Il y a donc une différence cruciale entre l'idée d'égalité entendue dans la *Loi constitutionnelle* de 1867 et celle qui est véhiculée par la *Charte*. Or, dans les décisions de 1986, les juges de la Cour suprême n'ont pas fait cette distinction. Ils se sont représenté le fondement des dispositions linguistiques de la *Charte* de la même façon que ceux de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle* :

[L'article 133] a pris encore plus d'ampleur dans la *Charte* avec l'ajout du Nouveau-Brunswick au Québec--et au Manitoba--et avec l'adoption de nouvelles dispositions comme l'art. 20. [Le juge Beetz] estime cependant que dans la mesure où le modèle de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a été délibérément suivi, ce qui est le cas du par. 19(2), la même interprétation s'impose (*Société des Acadiens* : au para. 58).

Selon cette interprétation, l'idéal de « progression vers l'égalité de statut ou d'usage » des deux langues officielles revient aux législateurs de chaque province, et non aux juges. Selon le juge Beetz :

Je crois qu'il est exact d'affirmer que l'art. 16 de la *Charte* contient un principe d'avancement ou de progression vers l'égalité de statut ou d'usage des deux langues officielles. Je considère toutefois qu'il est très significatif que ce principe de progression soit lié au processus législatif mentionné au par. 16(3) où se trouve consacrée la règle énoncée dans l'arrêt *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182. Comme le processus législatif est, à la différence du processus judiciaire, un processus politique, il se prête particulièrement bien à l'avancement des droits fondés sur un compromis politique⁶⁷ (*ibid.* : au para. 68).

Pour Pierre Foucher (1987 : 390), cette interprétation est erronée et signifie le refus, de la part des juges, de reconnaître le caractère historique différent de l'adoption de ces deux lois (la première en 1867, la deuxième en 1982). Si ce caractère avait été pris en compte, l'interprétation de la Cour suprême aurait reposé sur une représentation distincte, plus généreuse, des dispositions de la *Charte* (*ibid.*). Il explique :

la Cour refuse d'interpréter l'article 16 de façon à permettre aux tribunaux de faire progresser le concept d'égalité linguistique dans le contexte de chacun des droits définis aux articles 17 à 20. En faisant ainsi de l'article 16 au complet la codification du « principe de progression » vers l'égalité, la Cour modifie l'objet de cet article qui ne peut être de garantir un principe déjà prévu au paragraphe 16(3). [...] Or laisser aux législateurs le soin de régler, sans contrôle judiciaire, le rythme de la progression vers l'égalité linguistique, c'est donner une portée très limitée aux articles 17 à 20 (*ibid.* : 397).

Autrement dit, l'adoption de la *Charte* aurait été porteuse d'un nouveau compromis fondateur, plus généreux envers les minorités linguistiques. La Cour suprême a refusé, en 1986, d'interpréter le compromis comme tel, en jugeant qu'elle était contrainte par la version historique du compromis de 1867, même si celui-ci avait déjà démontré ses limites.

Face à ce revirement de situation, plusieurs voix parmi la communauté juridique se sont élevées en signe de protestation. Comme l'observe Réaume,

Critics of the trilogy were quick to point out that its policy of restraint was inconsistent with the robust and generous interpretation that had already been accorded to language rights in other areas; the new approach gave rise to fears of future retrenchment from earlier rights in other areas (Réaume, 2002 : 598).

⁶⁷ Nous soulignons.

Toutefois, les jugements minoritaires des juges Dickson (dans *Société des Acadiens*) et Wilson (dans *MacDonald* et *Société des Acadiens*) ont mis en lumière une autre représentation de ces dispositions linguistiques. Ils ont en partie repris les principes d'interprétation ayant prévalu dans les décisions antérieures à 1986, et ils ont introduit de nouveaux concepts dans leur interprétation, le principe de progression, et le principe de la dualité linguistique. Dans *Société des Acadiens*, la juge Wilson expose dans sa dissidence le principe de progression, qu'elle voit comme découlant du paragraphe 16(3) de la *Charte*. Comme elle l'explique,

les législatures ne peuvent déroger à des droits déjà accordés, mais elles peuvent en étendre la portée. À condition que la législation « favorise la progression » vers l'égalité de statut des deux langues officielles, les cours n'y toucheront pas; dans l'hypothèse contraire, elle ne résistera pas à l'examen judiciaire. [...]J'abonde dans le sens de ceux qui voient dans l'art. 16 un principe de croissance ou de développement, une progression vers un objectif ultime (*Société des Acadiens* : au para. 140).

Il semble que Foucher (1987) et la juge Wilson soient au diapason sur le plan de ce principe. Ce dernier ne sera toutefois pas repris par le juge en chef Dickson. Dans *MacDonald*, la juge Wilson propose un historique minutieux à l'égard de l'adoption de l'article 133. Selon elle, « [l']intention du législateur était manifestement d'accorder aux citoyens le droit d'utiliser la langue de leur choix dans les débats et devant les tribunaux » (*MacDonald* : au para. 161). Elle rappelle aussi le principe de l'égalité des langues officielles, porté par l'article 133 (*ibid.*), et qui a déjà été interprété de façon libérale dans les décisions *Jones*, *Blaikie n°1* et *Blaikie n°2*. Elle reprend du *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba* le caractère social de la langue et explique :

Je pars de la prémisse que la langue est essentiellement affaire de communication et que la notion des droits linguistiques relativement aux procédures judiciaires comporte implicitement la possibilité à la fois de comprendre et d'être compris. Si cela est exact, il ne suffit manifestement pas que le justiciable ait le droit d'utiliser sa langue si ceux qui communiquent avec lui emploient une autre langue. En réalité, la nécessité précise et souvent impérieuse de communiquer clairement dans le cours d'un litige est une caractéristique de la fonction essentiellement sociale de la langue (*MacDonald*. : au para. 165).

Finalement, la juge Wilson interpelle la dualité linguistique, qui ressort de son étude exhaustive de l'historique des lois et des pratiques à l'égard du droit à être entendu et compris en français et en anglais au Canada. Au paragraphe 180, elle écrit :

[L]'historique législatif me semble démontrer clairement que la préoccupation principale était d'accorder aux citoyens des deux langues un accès réel au système judiciaire. [...] Il va de soi qu'un système judiciaire existe pour répondre aux besoins des membres d'une société et ne constitue pas une fin en soi. L'article 133 reconnaît, à mon avis, la dualité linguistique qui existe dans la province de Québec et garantit aux citoyens francophones et anglophones la protection efficace de leurs droits linguistiques par l'État.

La juge Wilson explique ici que dans l'histoire des droits en matière de bilinguisme judiciaire, remontant jusqu'au régime britannique, l'intention du législateur était de donner aux individus l'accès à des services dans les *deux langues* (d'où la notion de dualité), et non dans *l'une ou l'autre langue* officielle. Par la mention de la dualité linguistique, la juge Wilson se distancie ici du jugement majoritaire du juge Beetz, dans lequel il était énoncé que les dispositions de l'article 133 signifiaient que l'une ou l'autre des langues officielles pouvait être utilisée dans les sommations et devant les tribunaux, sans égard à la langue du citoyen concerné ou de la compréhension de celui-ci. Elle met en lumière une représentation alternative des droits linguistiques qui la conduit à une interprétation plus généreuse que la majorité de ses collègues.

C'est d'ailleurs la représentation qui sera reprise par le juge en chef Dickson dans *Société des Acadiens*. Son raisonnement ressemble beaucoup à celui de Wilson, en se penchant sur l'histoire des droits linguistiques au pays :

La question de la dualité linguistique est une préoccupation de vieille date au Canada, un pays dans l'histoire duquel les langues française et anglaise sont solidement enracinées. Les garanties constitutionnelles en matière linguistique traduisent des efforts continus et renouvelés en vue de réaliser le bilinguisme. Selon moi, nous devons nous efforcer particulièrement de rester fidèles à l'esprit et à l'objet des droits linguistiques enchâssés dans la *Charte* (*Société des Acadiens* : au para. 19).

Pour le juge en chef Dickson comme pour la juge Wilson, il semble que la dualité linguistique signale que le législateur n'avait jamais eu l'intention de limiter la portée des droits linguistiques, en particulier depuis l'adoption de la *Charte*. La tradition du compromis, tel qu'entendue par Beetz, se trouverait en porte à faux avec toute l'histoire de reconnaissance large des droits linguistiques dans le domaine judiciaire au Canada, une histoire remontant à l'époque coloniale britannique (*MacDonald* : au para. 167).

Selon Green et Réaume (1990) ainsi que Foucher (1987), la « trilogie du compromis politique » du juge Beetz créait, au sein d'une *Charte* qui ne contenait pas cette distinction au préalable, une division entre deux types de droits fondamentaux au pays. Selon Foucher, « [l]es

uns sont féconds, fondés sur des principes, souples, adaptables ; les autres, restreints, politiques, statiques et limités, malgré l'enchâssement du principe d'égalité linguistique et la volonté selon nous claire du constituant de faire progresser les droits linguistiques » (Foucher, 1987 : 408). Green et Réaume démontrent, pour leur part, qu'il n'existe aucune explication juridique viable pouvant soutenir cette division (1990 : 567). En premier lieu, Green et Réaume soulignent que les arrêts *Southam Inc. c. Hunter*, [1984] 2 R.C.S. 145 et *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 rappellent qu'il est nécessaire d'interpréter les droits fondamentaux de façon *dynamique*, et en fonction de leur objet. En d'autres mots, les interprétations doivent prendre en compte l'évolution du contexte historique et social ainsi que le but du droit en question. Une interprétation généreuse commandée par ces deux arrêts n'aurait pas trahi l'intention des législateurs. La tradition du compromis, telle que le juge Beetz l'a mobilisée, irait directement à l'encontre de cette règle d'interprétation constitutionnelle (*ibid.* : 569). Foucher semble d'accord avec Green et Réaume à cet égard : « Sans usurper les responsabilités des législateurs, les tribunaux peuvent jouer un rôle plus dynamique que celui de simples censeurs. [...] Ils pourraient distinguer entre le contenu d'un droit, qu'ils peuvent légitimement définir, et les modalités d'application de ce droit, qui échappent à leur contrôle » (Foucher, 1987 : 404).

Malgré le tollé qu'il a soulevé, ce nouveau paradigme reposant sur la tradition du compromis a eu des effets subséquents de dépendance au sentier, tant à la Cour suprême qu'aux tribunaux inférieurs, restreignant, notamment, les droits linguistiques des minorités de langue officielle dans les provinces, pendant plusieurs d'années⁶⁸ (Foucher, 2005 : 143). Toutefois, comme nous le verrons, certains juges, comme La Forest dans l'affaire *Mercury* en 1988, ont aussi tenté de se distancier de ce paradigme, en insufflant à la notion de compromis une dimension moins restrictive que celle entendue par le juge Beetz.

L'arrêt *Mercury* donne l'impression de vouloir se distancier des principes énoncés dans le cadre de la trilogie de 1986 lors de son interprétation de l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*, ce dernier étant, comme l'article 23 de la *Loi sur le Manitoba*, analogue à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Puisant à la fois aux principes interprétatifs du Renvoi manitobain de 1985 et du jugement minoritaire du juge en chef Dickson dans *Société des*

⁶⁸ Nous pensons en particulier aux décisions *Mahe v. Alberta*, (1987) 42 D.L.R. (4th) 514 ; *Commission des Écoles Fransaskoises v. Saskatchewan*, (1988) 48 D.L.R. (4th) 315 ; et *Reference Re Minority Language Educational Rights (P.E.I.)*, (1988) 69 Nfld. & P.E.I.R. 236. Nous explorerons quelques-unes des décisions de la Cour suprême dans le prochain chapitre.

Acadiens, le juge La Forest, pour la majorité, tentait explicitement de se défaire de l'interprétation du compromis du juge Beetz, énoncée deux ans plus tôt. En effet, afin de justifier sa décision selon laquelle l'article 110 était toujours en vigueur au moment où le père Mercure avait reçu une contravention, il distingue le moment du « compromis linguistique de 1867 » des « forces historiques qui ont engendré l'art. 110 » (*Mercury* : 253). Il reconnaît toutefois que les dispositions linguistiques du pays représentent un compromis, désignant l'article 110 comme

[u]ne disposition fondamentale portant sur la manière suivant laquelle une assemblée législative doit adopter ses lois [qui] ne saurait être passée sous silence. Je ne puis accepter qu'une disposition de ce genre puisse être abrogée implicitement par des lois adoptées d'une manière contraire à ce qu'elle exige, surtout une disposition qui vise à réaliser *un compromis dans un domaine aussi historiquement délicat que l'usage des langues française et anglaise* au pays⁶⁹ (*R. c. Mercury* : 277).

Le juge La Forest tente ici de renverser la représentation étroite des droits linguistiques ayant prédominé en 1986 afin de souligner la nécessité d'une sensibilité accrue de la part des juges envers leur objet, au lieu d'une attitude de retenue comme l'entendait le juge Beetz dans la trilogie du compromis. Il poursuit en reprenant le Renvoi manitobain de 1985 pour souligner la nature sociale des droits linguistiques. Ensuite, il cite le jugement minoritaire du juge en chef Dickson dans *Société des Acadiens*, notamment la section portant sur la dualité linguistique en tant que tradition étatique canadienne dont sont porteurs « l'esprit et l'objet des droits linguistiques » de la *Charte*, visant à « réaliser le bilinguisme » partout au pays (*Société des Acadiens*, cité dans *Mercury* : 269). Il nous semble, à la lumière de la relation entre les principes mobilisés par le juge La Forest, que le principe du compromis est ici entendu de façon à reconnaître, au lieu d'occulter, la participation des minorités linguistiques à ce compromis fondateur. La décision *Mercury* constitue à la fois une reprise de principes et de traditions étatiques énoncés dans des jugements antérieurs (l'égalité des langues officielles, la nature sociale des droits linguistiques, le compromis politique et la dualité linguistique), mais aussi une tentative de rectifier le tir par rapport à l'interprétation de la signification du compromis de Beetz, dans les décisions de 1986. En somme, le juge La Forest cherche à trouver un compromis entre les différentes représentations des droits linguistiques qui s'élaborent dans les causes des dernières années.

⁶⁹ Les italiques sont de nous.

Finalement, les décisions *Ford* et *Devine*, pour leur part, ont mobilisé à la fois la question de la nature sociale des droits linguistiques et la tradition du fédéralisme. Dans *Ford*, une Cour suprême unanime a rappelé, encore une fois, les propos du juge en chef Dickson dans le Renvoi manitobain de 1985 sur le rôle de la langue dans le rapport entre les individus et la collectivité, avant de renchérir elle-même :

La langue est si intimement liée à la forme et au contenu de l'expression qu'il ne peut y avoir de véritable liberté d'expression linguistique s'il est interdit de se servir de la langue de son choix. Le langage n'est pas seulement un moyen ou un mode d'expression. Il colore le contenu et le sens de l'expression. (*Ford* : 748)

Elle reprendra même les propos du sociolinguiste Joshua Fishman, itérés durant le procès *Devine*, afin de justifier son propos :

[...] la langue n'est pas uniquement un *moyen* de communication interpersonnelle et un moyen de rayonnement. Ce n'est pas seulement le *véhicule* d'un message latent ou manifeste. La langue *est* elle-même un message, un référent pour les loyautés et les animosités, un indicateur du statut social et des relations interpersonnelles, une manière de délimiter situations et sujets ainsi que les buts visés par la société et les immenses champs d'interrelation, tous chargés de valeurs, qui caractérisent chaque communauté linguistique⁷⁰ (*ibid.* : 750).

Le principe de la nature sociale des droits linguistiques était ici mobilisé afin de justifier une lecture généreuse du droit à la liberté d'expression retrouvé à la fois dans la *Charte* canadienne et dans la *Charte* québécoise. Les juges ont effectué une lecture de cette liberté d'expression à la lumière de la tradition du fédéralisme et des compétences provinciales du Québec en matière linguistique :

Reconnaître que la liberté d'expression englobe la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix ne compromet ni ne contredit les garanties spéciales relatives aux droits en matière de langues officielles dans des domaines relevant de la compétence ou de la responsabilité du gouvernement (*ibid.* : 752).

Finalement, le fédéralisme se retrouve dans la décision des juges à savoir si les dispositions de la *CLF* passaient le test de *Oakes*, c'est-à-dire si on pouvait justifier que le gouvernement du Québec invoque l'article premier de la *Charte* pour imposer des « limites raisonnables » aux droits garantis par cette dernière. Ils ont conclu que les « inquiétudes à l'égard de la survie de la langue française » et la protection du « visage linguistique » francophone québécois (*ibid.* : 778-

⁷⁰ En italiques dans le texte.

779) étaient légitimes, mais que les mesures de la *CLF* (en l'occurrence, les articles règlementant l'affichage commercial et les raisons sociales en langue exclusivement française) adoptées par le Québec étaient trop drastiques pour être jugées raisonnables, selon le test de *Oakes*. Les mesures universelles de la *Charte*, faisant la promotion des deux langues officielles, ont donc ici primé sur les compétences de la province en matière linguistique dans le domaine du commerce provincial. La question des compétences provinciales en matière de commerce est aussi soulevée dans *Devine*, aux pp. 809-812. En somme, dans ces deux dernières décisions, les juges ont tenté de trouver un équilibre entre les droits universels de la *Charte* en matière de liberté d'expression et le pouvoir des provinces de légiférer en matière linguistique.

En conclusion à cette section, nous avons montré qu'il existe un recoupement entre les deux types d'interprétation des droits linguistiques retrouvés dans la jurisprudence énoncée par les juges entre 1982 et 1988 et les catégories de droits qui sont touchées par chaque type d'interprétation. D'une part, « en matière scolaire et de bilinguisme législatif et parlementaire » (Braën, 1988 : 40), la Cour suprême a adopté une attitude généreuse et libérale aux droits linguistiques. Ce sont les droits garantis par l'article 23 de la *Charte*, ainsi que par la section de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (et certaines de ses contreparties ayant été adoptées lors de l'entrée dans la Confédération de provinces subséquentes, comme l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*) ayant égard aux droits linguistiques législatifs. D'autre part, en matière de droits linguistiques judiciaires, la Cour a adopté une attitude de retenue. Il s'agit des droits découlant d'une autre section de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, et de l'article 19 de la *Charte* (*ibid.* : 42). Ce recoupement met aussi en lumière les différents principes et règles d'interprétation auxquels se sont soumis les juges dans leur énonciation de la portée des droits linguistiques, que ce soit par l'intention du législateur ou par certaines traditions étatiques du régime linguistique canadien. Le principe de réparation est un exemple de principe découlant de l'intention du législateur, issu de l'adoption de l'article 23 de la *Charte*, et qui va main dans la main avec le principe de l'égalité des langues officielles, puisque l'intention du législateur est justement de réparer les torts historiques faits aux minorités de langue officielle et de pourvoir à ce qu'elles aient accès à des services égaux en qualité. Les juges ont aussi été guidés par les traditions étatiques ayant présidé à l'évolution du régime linguistique

canadien, et dont la signification est extraite du « pacte historique » de la fondation du pays – et de la place octroyée aux groupes linguistiques au cœur de cette fondation. Parmi ces principes, nous retrouvons le fédéralisme, le compromis politique, et la dualité linguistique, qui ont conduit les juges vers certaines représentations de l'article 133 (et ses analogues manitobain et saskatchewanais), dont nous avons tenté de souligner la parenté normative plus haut. La dualité linguistique est perçue par certains juges, notamment La Forest, comme une tradition au cœur du pacte fondateur canadien. Cette tradition vient s'ajouter au fédéralisme et au compromis politique afin d'encadrer la représentation que se font les juges des droits linguistiques et de leur portée. Notre analyse démontre que, d'une part, les juges sont contraints par ces éléments à la base du régime linguistique dans leur interprétation du droit, mais que d'autre part, ils peuvent aussi (ré)interpréter la signification de ces traditions dans le droit.

La dernière étape de notre analyse consistera à démontrer comment les principes et les traditions qui ont guidé les juges dans leur interprétation de la portée des droits linguistiques canadiens ont eu une incidence sur la possibilité d'énoncer une norme d'autonomie pour les FHQ.

La genèse de l'interprétation des droits linguistiques au regard d'une norme d'autonomie pour les francophones hors Québec : 1982-1988

Dans les années 1970, les provinces sont de plus en plus favorables aux préoccupations de leurs communautés francophones étant donné la menace de la séparation du Québec du reste du Canada. En 1977, la FFHQ publie son premier manifeste, *Les héritiers de Lord Durham*, qui jette les premières bases du discours autonomiste de l'organisme qui se veut le porte-parole des FHQ d'un bout à l'autre du pays. L'unique revendication au cœur de ce manifeste est l'adoption et la mise en œuvre d'une « politique globale, précise, cohérente, et définitive de développement des communautés de langue et de culture françaises » (FFHQ, 1977 : 13). Cet énoncé de politique globale touchait six aspects :

1. La maîtrise des moyens d'éducation.
2. Les moyens de communication relevant de la Société d'État [Société Radio-Canada] devront refléter la vie même de nos communautés.
3. Les membres de nos communautés devront pouvoir développer leurs propres moyens de promotion économique, sociale et culturelle.
4. Au niveau politique, il est évident que ces exigences minimales ne seront réalisées qu'à la condition que soit établi un lien d'obligation stricte par la reconnaissance concrète, pratique et institutionnalisée des droits légitimes de la

communauté. Cela devra se traduire dans chaque province par l'adoption du français comme langue officielle avec ses conséquences irrémédiablement engageantes.

5. Au plan fédéral, la politique du bilinguisme institutionnel devra se transformer en une politique de développement des communautés dans tous les domaines qui relèvent de sa compétence. C'est une exigence sans laquelle aucun effort partiel ne portera fruit.
6. Ultiment, dans le débat qui s'est engagé sur l'avenir, il faudra tenir compte de la présence des communautés francophones qui fait la différence de ce pays. Cela signifie que toute discussion et décision devront inclure des garanties fondamentales de leurs droits individuels et collectifs (*ibid.* : 118).

Cette politique se voulait holistique, touchant tous les aspects de la vie des communautés et impliquant tous les paliers de gouvernement (*ibid.*). Vers la fin des années 1970, la Fédération des francophones hors Québec (FFHQ) met sur pied un comité sur la réforme constitutionnelle (Normand, 2013 : 182) présidé par Michel Bastarache. En 1979, ce dernier publie un nouveau manifeste intitulé *Pour ne plus être sans pays* qui présentait les demandes des communautés francophones hors Québec à l'époque. Ce manifeste décriait « l'hypocrisie d'un système politique qui prétend faire place au bilinguisme au niveau national mais qui ne réussit pas à traduire la réalité des deux peuples fondateurs au sein des institutions canadiennes » (FFHQ, 1979 : 3). Il procédait ensuite à mettre de l'avant des propositions de droits individuels et collectifs pour les FHQ, assortis de « mécanismes d'application qui assureront l'égalité réelle des deux peuples fondateurs » (*ibid.* : 8). Les FHQ réitéraient dans ce manifeste des revendications d'autonomie forte, et ce, dans plusieurs domaines. Entre autres, le document proposait « la proclamation de la république et la réforme du Sénat en une chambre de la Fédération composée à parts égales de francophones et d'anglophones », ainsi que l'adoption d'une *Charte des droits linguistiques* (Normand, 2012 : 183). De plus, il revendiquait « un pouvoir d'initiative très large » pour les communautés minoritaires « afin d'être en mesure d'assurer le reflet de leur culture et de leur langue au niveau des institutions locales » (FFHQ, 1979 : 21). Ce pouvoir d'initiative devrait s'étendre, entre autres, sur le plan des « services communautaires, sur le plan social, des loisirs, de la culture, de la santé » (*ibid.* : 22). Le manifeste proposait aussi la mise en place d'un « mécanisme de consultation obligatoire » par l'entremise duquel les communautés locales pourraient réclamer « le transfert [...] de services ou la mise en place de structures administratives respectant son caractère propre » (*ibid.* : 24), mécanisme permettant aux communautés d'instaurer des formes variables d'autogestion. En 1981, c'était au tour du comité

économique de la FFHQ de produire un manifeste, intitulé *Un espace économique à inventer*. La revendication première de ce manifeste portait sur la réappropriation par les FHQ de leur développement collectif par l'entremise « de mécanismes qui leur permettront d'exercer leur pouvoir dans le domaine économique » (FFHQ, 1981 : 1). Plus précisément, les auteurs expliquent que

Ce rapport situe le développement économique à l'intérieur d'un objectif plus large de valorisation et d'épanouissement de la collectivité francophone hors Québec. Dans cette perspective, le développement économique prend son importance en tant qu'outil essentiel au développement global et harmonieux de nos communautés et au maintien de leur spécificité (*ibid.* : 94).

Pour ce faire, le manifeste propose d'octroyer aux communautés un plus grand pouvoir d'initiative dans le domaine du développement économique afin que celles-ci puissent « fai[re] [leur] historique en s'appropriant les outils qui correspondent à [leurs] besoins » (*ibid.* : 105). En somme, la vision de l'autonomie véhiculée par les porte-parole des FHQ est très vaste, et touche tous les domaines. On y retrouve la revendication de mécanismes d'autogestion et de dévolution de pouvoirs, mais aussi des demandes de participation aux institutions politiques, institutions au sein desquelles les FHQ devraient être reconnus comme partenaire égal à la communauté anglo-canadienne. Les demandes d'autonomie de la part des FHQ, on le voit bien, transcendent les catégories d'autonomie territoriale/personnelle et sont mues par un désir de faire reconnaître la dualité linguistique du pays.

Pendant que la FFHQ formulait ces doléances par l'entremise de manifestes, à la Chambre des communes, le député franco-ontarien Jean-Robert Gauthier expliquait ainsi les demandes qu'il formulait pour sa communauté :

Le gouvernement fédéral devrait sommer les provinces à se prononcer d'ici un an sur leurs intentions vis-à-vis de leurs minorités francophones et ce, en ce qui a trait à l'éducation, aux droits et aux communications publiques. Le minimum à atteindre dans toutes les provinces serait le droit de vivre dans sa langue maternelle, le droit des parents de faire instruire leurs enfants dans la langue maternelle de leur choix quand le nombre le justifie, le droit de communiquer avec le gouvernement et les agences publiques dans la langue de son choix et le droit de se défendre en justice dans l'une ou l'autre des langues officielles. (Gauthier, dans : Dupuis, 2008 : 14).

En Ontario, l'Association canadienne-française de l'Ontario (ACFO) participe aux débats sur le renouveau constitutionnel, entre autres par l'entremise de son mémoire remis au gouvernement fédéral en 1978, proposant des changements constitutionnels visant à « obtenir le

bilinguisme institutionnel aux paliers provincial et municipaux, tout comme l’instruction dans leur langue, du primaire à l’universitaire (sans égard au nombre) et la gestion de leurs institutions » (Dupuis, 2008 : 19). L’ACFO fera des demandes similaires, en 1980, au lendemain de l’échec du premier référendum québécois, devant le comité mixte du Parlement canadien chargé d’étudier le projet de rapatriement constitutionnel, ajoutant une proposition afin d’assujettir l’Ontario à l’article 133 et de rendre la province officiellement bilingue (*ibid.* : 21-22). À l’époque, le Premier ministre Trudeau tente de convaincre son homologue provincial de déclarer l’Ontario bilingue – en vain (*ibid.* : 30). La Conférence de novembre 1981 scellera le sort des demandes de l’ACFO, qui dénoncera par la suite l’accord conclu, n’y retrouvant pas de réponses suffisantes à ses revendications. « L’ACFO tente de convaincre Londres et la Cour suprême de l’illégitimité de l’accord de novembre 1981 [...]. Malheureusement, leurs cris de désespoir restent sans écho » (*ibid.* : 32-33).

Au palier provincial, les quelques députés franco-ontariens souhaitent faire adopter une loi provinciale sur les services en français, mais le Premier ministre Bill Davis décide, en juin 1978, de retirer son appui au projet de loi, « cherchant encore à éviter le *‘bitterness and intemperate debate’* » (*ibid.* : 15) de la part d’une majorité anglophone voyant « le bilinguisme comme une menace » (*ibid.*). Toutefois, sous la pression continue de la population franco-ontarienne, le gouvernement provincial adopte, en 1984, la *Loi sur les tribunaux judiciaires* rendant le système judiciaire provincial officiellement bilingue (Sylvestre, 2013 : 187). Finalement, en 1986, la *Loi sur les services en français* (Loi 8) est promulguée, garantissant dans 25 régions désignées de la province le droit de recevoir des services en français de la part des ministères et organismes relevant du gouvernement ontarien.

Au Manitoba, la fin de la décennie 1970 et le début des années 1980 ont été des années de grande tourmente politique à cause de la question linguistique dans la province. Des efforts afin de rendre les lois sur l’éducation plus permissives en ce qui concerne l’enseignement en français sont déployés par le gouvernement provincial au début de la décennie 1970. De grands débats sur la place de la langue française au Manitoba auront aussi lieu aux lendemains de la décision *Forest*, en 1979. Certains avocats ont vu, aux lendemains de la décision de la Cour suprême, le chaos potentiel que cette décision pourrait créer dans la province, et quelques jeunes avocats franco-manitobains (dont Roger Bilodeau, qui sera entendu en Cour suprême en 1986) cherchent à obtenir des contraventions pour excès de vitesse unilingues anglaises afin de pouvoir contester

leur validité en Cour (Hébert, 2004 : 35). Les décisions *Blaikie n°1* et *Blaikie n°2* ont aussi constitué une source de pression sur le gouvernement du Manitoba, puisque la portée de l'article 133 avait des conséquences directes sur la portée de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* (*ibid.* : 29). En 1981, le gouvernement de Sterling Lyon annonçait la création d'un Secrétariat aux services en français, ce qui ne constituait, pour la Société franco-manitobaine (SFM), que le premier pas vers son objectif final, soit l'« *implementation of French-language services throughout the provincial government apparatus* » (*ibid.* : 46). Jusqu'à ce moment-là, le gouvernement n'avait toujours pas agi de façon à répondre de façon satisfaisante à la décision *Forest*. Les pourparlers entamés par gouvernement néo-démocrate de Howard Pawley avec la SFM dans le but de négocier un amendement constitutionnel réglant toutes les questions soulevées par la Cour suprême deux ans plus tôt (*ibid.* : 50) s'étalèrent sur plusieurs années⁷¹ et se terminèrent non seulement par l'incapacité du gouvernement provincial d'adopter la proposition d'amendement sur laquelle les parties en cause s'étaient entendues en chambre, mais par une profonde division au sein de la province sur la question linguistique, nourrie à la fois par l'opposition officielle à l'Assemblée législative et par des éléments d'extrême droite agissant dans la province (Hébert, 2004 : 209-221). Cette période traumatisante pour la communauté franco-manitobaine⁷² se solda par l'intervention du gouvernement fédéral, qui a pris l'initiative de formuler quatre questions en renvoi à la Cour suprême en 1985 afin de clore l'impasse politique dans laquelle était plongée la province.

La Saskatchewan, pour sa part, avait déjà été le lieu de nombreux affrontements durant les années 1970, alors que des parents francsaskois entament des procédures afin d'obtenir des écoles désignées francophones, menant « à de nombreuses confrontations avec les conseils scolaires à Debden, Assiniboia, Ferland, Prud'homme, Delmas et Glaslyn » et à Saskatoon, où les parents francophones retirent leurs enfants de l'école St. Paul en guise de protestation et fondent une école française privée (Dubois, 2014 : 105). Suite à ces conflits, la province a mis sur pied une commission d'étude sur l'éducation, permettant aux Fransaskois de mener une campagne afin de convaincre la province de modifier la *Loi sur l'Éducation* et de clarifier ses

⁷¹ Raymond Hébert effectue un exposé détaillé des deux rondes de négociations entre la SFM, le gouvernement provincial, et le gouvernement fédéral, dans son ouvrage de 2004 sur la crise linguistique au Manitoba.

⁷² La communauté fut la cible de plusieurs actes de violence : incendie criminel dans les locaux de la SFM, actes de vandalisme à la SFM et aux bureaux de Georges Forest, et menaces de mort proférées à l'endroit de plusieurs leaders de la SFM.

règlements sur l'accès à des cours de langue dans les écoles. En 1980, la Cour d'appel de la province donnait raison à un groupe de parents francophones revendiquant l'établissement d'une école séparée à Prince Albert, mais cette décision n'allait pas assez loin pour la communauté fransaskoise, puisqu'elle établissait que « l'éducation française en Saskatchewan [était] toujours un privilège, soumis au pouvoir discrétionnaire du ministre » (Denis, 1984 : 18 ; Dubois, 2014 : 106). L'objectif de la communauté était d'obtenir « un Conseil scolaire provincial permettant d'administrer toutes leurs écoles en français » (Denis, 1984 : 18), voire de « reprendre le contrôle de leurs institutions scolaires » (Dubois, 2014 : 106). Par ailleurs, le domaine de l'éducation, bien qu'étant un domaine important de revendications pour la communauté fransaskoise, n'était pas le seul. Les autres revendications des Fransaskois envers leur gouvernement provincial, soit « la reconnaissance du français comme langue officielle à l'Assemblée et dans l'administration » ainsi que « dans le domaine juridique » (*ibid.* : 19), malgré des pressions continues des organisations communautaires, étaient restées lettre morte.

Finalement, au Nouveau-Brunswick, la communauté acadienne avait vu son souhait d'obtenir une province bilingue devenir une réalité dès 1969. En 1972, le gouvernement de Richard Hatfield se penchait sur la question scolaire. Le district scolaire de Moncton, bilingue, fut séparé en deux districts linguistiquement homogènes. Mais la population acadienne réclamait déjà que le gouvernement aille plus loin :

Pendant la campagne électorale de 1974, Hatfield comprendra que la question de la dualité au ministère de l'Éducation est d'une importance capitale pour la communauté acadienne. Celle-ci lui signifie, de façon non équivoque, qu'elle n'accepte plus la situation actuelle. [...] La solution à ce dilemme réside dans une dualité administrative qui donnerait à la communauté acadienne le contrôle des décisions la concernant (Doucet, 1995 : 60).

Ce message fut entendu. Dès le début de son second mandat, le Premier ministre s'affaira à une division complète du ministère, à l'exception du poste de ministre. Il mit aussi en place la Commission Finn-Elliott, qui a eu pour tâche d'étudier la carte scolaire. Ce groupe de travail recommanda, dans son rapport final, l'abolition des districts bilingues et l'établissement de districts homogènes, « c'est-à-dire le prolongement à l'échelle locale de la dualité déjà reconnue sur le plan administratif » (*ibid.* : 61). Cette recommandation suscita le tollé de la part de certains membres de la population anglophone. Une disposition organisant les « districts scolaires, les écoles et les classes [...] sur la base de l'une ou l'autre des langues officielles » fut toutefois adoptée et ajoutée à la *Loi scolaire* en 1981 (Migneault, 2007 : 109). Le gouvernement Hatfield

s'engagea aussi à étendre cette dualité aux collèges communautaires de la province et assura la création, en 1978, de l'École de droit de l'Université de Moncton (Doucet, 1995 : 95).

En 1976, le Parti acadien (PA) proposait la création d'une province acadienne scindant la province du Nouveau-Brunswick du Nord-Ouest au Sud-Est (Ouellette, 1992 : 80-81).

Il semble alors exister une volonté chez les Acadiens d'obtenir l'autonomie là où ils sont en majorité. Les membres du PA sont conscients qu'ils ne peuvent pas aspirer à détenir le pouvoir politique [...]. N'empêche que la présence du PA contribue sans doute à sensibiliser toute la province au besoin de s'occuper davantage de la question acadienne (Landry et Lang, 2001 : 272-273).

Souhaitant approfondir cette proposition, la Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick (SANB) organisa, en 1979, une Convention nationale (CONA) afin de discuter du projet d'une province acadienne. Au dernier jour de la CONA, l'option d'une province acadienne a obtenu la majorité des voix, soit 49 %, sur toutes les options politiques présentées aux participants. Migneault voit, dans la directive du Conseil des ministres de réviser la *Loi sur les langues officielles* de la province, une réponse directe, voire une tentative d'apaisement, face aux voix protestataires de la province (Migneault, 2007 : 105). Le gouvernement poursuit des avancées dans ce sens en présentant, en juillet 1980, le projet de loi 84, *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*. Ce projet de loi « mi-autonome, mi-collaborateur » (Doucet, 1995 : 75) cherchait à favoriser l'accès aux deux communautés linguistiques à des institutions d'elles, propres à elles en matière culturelle, d'éducation, et sociale. Suite à des révisions en comité, ce projet prendra la forme du projet de loi 88, et sera officiellement adopté en 1981. La même année, dans la foulée des efforts du gouvernement fédéral envers le renouveau constitutionnel, le gouvernement du Nouveau-Brunswick proposa d'enchâsser ses droits linguistiques dans la nouvelle constitution canadienne, ce qui sera chose faite en 1982.

L'année 1982 a aussi présidé au dépôt du rapport Poirier-Bastarache. Ce dernier comprend 96 recommandations proposées au gouvernement au sujet des langues officielles de la province. Mentionnons la proposition de faire adopter « une nouvelle loi relative aux droits linguistiques du Nouveau-Brunswick, qui remplacerait la Loi sur les langues officielles, et la création d'un bureau des langues officielles qui aurait pour rôle d'assurer la mise en œuvre des politiques linguistiques » (Doucet, 1995 : 106). Plusieurs mesures furent mises en place par le gouvernement provincial suite à ce rapport, dont la révision de la *Loi sur les langues officielles*

au niveau des procédures judiciaires, la rendant conforme à l'article 19(2) de la *Charte*, et la révision de la *Loi sur les assurances* pour assurer le bilinguisme fonctionnel des assureurs. Toutefois, les auteurs consultés font aussi état d'un changement graduel dans les attitudes de la population majoritaire du Nouveau-Brunswick à l'égard de la question linguistique, à partir du milieu des années 1980. La relative aise et l'attitude consensuelle avec laquelle les droits et les politiques linguistiques sont mis en place depuis 1969 se voient remplacées par une attitude d'opposition, parfois violente, de la part de la majorité anglophone (Doucet, 1995 : 110). La montée du parti politique anti-bilinguisme *Confederation of Regions (CoR)* à l'Assemblée législative provinciale était un signe parmi tant d'autres de ce mouvement protestataire. L'échec que constituait la décision *Société des Acadiens* en 1986 marquait, selon Doucet, un point tournant pour la communauté francophone de la province. Selon Doucet, « [a]près les années 70, période d'affirmation communautaire, et le début des années 80, période d'espoir, la communauté acadienne se rend compte qu'elle est probablement arrivée au maximum de ce qu'elle pouvait obtenir en termes de droits linguistiques » (*ibid.* : 117).

Au lendemain du rapatriement, les FHQ voyaient généralement dans la nouvelle *Loi constitutionnelle* un échec. Pour Dupuis,

les diverses minorités du Canada français hors Québec se rendent [alors] compte de leur marginalité sur le plan politique car, malgré la mobilisation des porte-parole et leurs efforts pour sensibiliser les divers intervenants, elles ont eu très peu d'impact sur la révision finale du contenu du texte constitutionnel (Dupuis, 2008 : 35).

Selon la FFHQ à l'époque, les droits reconnus aux minorités linguistiques dans la *Charte* « sont très limités par rapport aux demandes que n'ont cessé de formuler les francophones hors Québec depuis des décennies » et « les espoirs qu'avaient semés chez les Francophones hors Québec [*sic*] la promesse d'un renouvellement de la Constitution canadienne sont devenus désillusions après le 5 novembre 1981 » (FFHQ, dans : Normand, 2013 : 187-188). En particulier, les droits reconnus par l'article 23 dans le domaine scolaire étaient loin de donner aux FHQ toute l'autonomie revendiquée par leur organisme porte-parole et ses organismes membres, notamment dans le domaine scolaire. À l'époque, le député libéral Gauthier avait été l'un des seuls du parti au pouvoir à voter contre le rapatriement de la Constitution, jugeant que les Franco-Ontariens, et les FHQ plus largement, n'avaient pas obtenu les garanties linguistiques

qu'ils cherchaient et pour lesquelles ils avaient milité durant le processus de consultation (Dupuis, 2008 : 8-9).

C'est dans ce contexte politique que le recours aux tribunaux est apparu, malgré les déceptions du processus de renouveau constitutionnel et des nouvelles lois enchâssées dans la Constitution, comme une nouvelle arène de pouvoir potentiel « pour faire progresser les communautés vers l'atteinte de l'égalité réelle » (Normand, 2013 : 181) et pour faire entendre leurs revendications d'autonomie. La mise en place du Programme de contestation judiciaire (PCJ) par le gouvernement fédéral en 1978 incitera d'ailleurs les FHQ dans cette démarche, en offrant une aide financière à plusieurs individus ou groupes se présentant devant les tribunaux (Cardinal, 2000). Les recherches de Hudon (2010) démontrent que le PCJ a été un instrument de première importance pour l'évolution des droits linguistiques : « Entre 1978 et 2006 le Programme [a] appuyé financièrement 255 litiges en matière de droits linguistiques, c'est-à-dire 95 entre 1978 et 1992 et 160 entre 1994 et 2006 » (Hudon, 2010 : 7). Les litiges en matière scolaire auraient notamment constitué plus de la moitié (54%) des litiges financés par le PCJ, suivi des droits judiciaires et des droits relatifs à la langue de travail, de communication et de service, respectivement (15,2% chacun), et finalement, du bilinguisme législatif (7,6%) (*ibid.*). Une étude du ministère du Patrimoine canadien a démontré que le PCJ a facilité le développement d'une jurisprudence en droits linguistiques canadiens, en épaulant financièrement des individus et des groupes de FHQ qui autrement n'auraient pas eu les moyens de se présenter devant les juges. Comme l'écrit Hudon, « force est de constater que ce dernier constituait un incitatif supplémentaire pour amener les communautés de langue officielle en situation minoritaire à recourir davantage aux tribunaux afin de faire valoir leurs droits » (*ibid.*).

Maintenant que nous avons une vision plus claire du contexte sociopolitique menant à l'apparition plus fréquente des FHQ devant les tribunaux, nous pouvons maintenant nous tourner vers l'analyse de l'interprétation des juges de ces nouveaux droits entre 1982 et 1988 sur le plan de l'énonciation d'une norme d'autonomie qui répondrait aux préoccupations des FHQ depuis les années 1970. Le tableau 3.7 reprend les huit décisions de cette période et dégage l'interprétation des juges au regard de la notion d'autonomie pour les FHQ dans chaque décision.

Tableau 3.7: L'énonciation d'une norme d'autonomie et les représentations des juges, 1982-1988

Titre de la décision	Année	Norme d'autonomie
<i>Reference re Education Act of Ontario</i>	1984	Autonomie institutionnelle : droit de la minorité linguistique

<i>and Minority Language Education Rights</i>		de participer à la gestion de ses établissements d'enseignement à l'intérieur des conseils scolaires existants ; province responsable de décider de la signification du « là où le nombre le justifie » et de la mise en œuvre
<i>Procureur général du Québec c. Québec Protestant School Boards</i>	1984	Pas de reconnaissance d'autonomie
<i>Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba</i>	1985	Autonomie personnelle : accès en français aux corps législatifs et aux lois de la province
<i>Bilodeau c. Procureur général (Manitoba)</i>	1986	Pas de reconnaissance d'autonomie
<i>MacDonald c. Ville de Montréal</i>	1986	Pas de reconnaissance d'autonomie
<i>Société des Acadiens c. Association of Parents</i>	1986	Pas de reconnaissance d'autonomie
<i>R. c. Mercure</i>	1988	Autonomie personnelle : accès en français aux corps législatifs et aux lois de la province (Sera ensuite abrogée par l'Assemblée législative)
<i>Ford c. Procureur général (Québec)</i>	1988	Autonomie personnelle : langue d'affichage commercial
<i>Devine c. Procureur général (Québec)</i>	1988	Autonomie personnelle : langue d'affichage commercial

Les premières décisions des tribunaux suivant l'adoption de la *Charte* n'ont pas su combler les demandes formulées par les FHQ pendant les négociations constitutionnelles. Premièrement, suite aux deux décisions de 1984, les FHQ ont connu des gains, sans toutefois obtenir l'autonomie complète qu'ils revendiquaient dans le domaine de l'éducation. D'une part, la Cour d'appel de l'Ontario statue que l'article 23 signifie que les parents d'élèves ayant droit à l'instruction dans la langue de la minorité devaient en effet participer à la gestion de leurs écoles, mais cette gestion prenait place au sein de conseils scolaires qui n'étaient pas, pour leur part, des conseils homogènes francophones. Les parents francophones s'y retrouvent souvent en minorité, aux côtés de parents anglophones. Par ailleurs, la Cour a aussi statué qu'il était toujours du ressort de la province de légiférer au sujet du nombre justifiant la création d'une classe ou d'une école francophone. La Cour suprême a spécifié qu'une province ne pouvait pas resserrer ou changer les critères d'accès aux écoles de la minorité linguistique énoncées à l'article 23 de la *Charte*. Dans ces deux cas, bien que leur interprétation de l'article 23 fut qualifiée de « généreuse » (Braën, 1988) et qu'elle énonce les bases d'une garantie constitutionnelle au droit à l'instruction dans la langue de la minorité, ce qui est une nouveauté dans le cadre du régime linguistique canadien, les juges ne sont pas allés jusqu'à énoncer un plein droit de gestion et de contrôle de l'éducation dans la langue de la minorité linguistique par la minorité en question, ce que réclamaient les FHQ.

En 1985, le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba* a donné du mordant à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* en le rendant impératif, ce qui n'avait pas été fait en 1979

dans l'arrêt *Forest*, menant à l'inaction, puis la paralysie, du gouvernement provincial en matière de langues officielles. En déclarant l'article 23 impératif, la Cour suprême imposait dorénavant au gouvernement du Manitoba d'agir afin de respecter ses obligations envers la population francophone. L'accès à des textes législatifs bilingues et l'obligation, de la part du gouvernement, de traduire les textes adoptés en langue anglaise seulement, donnent à la population franco-manitobaine une certaine autonomie personnelle, permettant aux francophones de la province « de participer aux débats et travaux [de l'Assemblée législative] sur une base d'égalité » (Braën, 1988 : 42) avec les anglophones de la province.

L'année 1986 a vu la Cour suprême se pencher sur le bilinguisme judiciaire énoncé à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'article 23 de la *Loi sur le Manitoba*, et l'article 19(2) de la *Charte*. Comme nous l'avons démontré, les juges ont énoncé ces dispositions comme étant permissives, les gouvernements comme les citoyens pouvant utiliser soit l'anglais ou le français, mais n'étant pas obligés d'utiliser les deux. Pour les FHQ, cela revenait à dire qu'ils ne pouvaient s'attendre de leurs gouvernements provinciaux qu'ils s'adressent à eux dans leur langue soit par écrit (dans le cas de contraventions ou de sommations à comparaître) ou en personne (devant un tribunal) ni qu'ils ne soient compris s'ils s'adressaient à la Cour dans leur langue. Sur le plan de l'autonomie, qu'elle soit personnelle, collective, ou institutionnelle, la « trilogie du compromis » conduisait donc à un échec pour les FHQ, « vid[ant] de leur substance les garanties linguistiques en matière de droits judiciaires » (*ibid.* : 45).

La décision *Mercury*, en 1988, aura été une victoire de courte durée pour la communauté fransaskoise, puisque la Cour suprême a donné raison au Père Mercury en statuant que les droits linguistiques de l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest* étaient toujours en vigueur, mais en donnant le feu vert à la province de la Saskatchewan, ainsi qu'à l'Alberta, par extension, d'abroger cet article, celui-ci n'étant pas enchâssé dans la constitution – ce que ces deux provinces ont fait sans plus attendre. Alors que l'article 110 aurait donné aux Fransaskois le même type d'autonomie personnelle et de protections que ce qui avait été reconnu aux Franco-Manitobains dans le Renvoi de 1985, ceux-ci furent abrogés quelques mois après que la Cour suprême ait rendu sa décision.

Conclusion

Cette analyse de la genèse de l'interprétation des droits linguistiques canadiens brosse un portrait somme toute mitigé des effets de la jurisprudence sur la possibilité d'autonomie pour les FHQ.

Les arrêts de droit linguistique de cette première période couvrent trois différents terrains, soit le terrain scolaire, le terrain législatif, et le terrain judiciaire. Les FHQ ont connu des avancées, bien que parfois timides, sur les deux premiers terrains, mais ont connu de nets échecs sur le dernier. Alors qu'une approche libérale aux droits en matière de bilinguisme législatif et parlementaire ainsi que dans l'interprétation de l'article 23 de la *Charte* avait primé à la Cour d'appel de l'Ontario et à la Cour suprême, cette dernière a offert une autre approche interprétative, marquée par la retenue et motivée notamment par la déférence envers les législateurs et la tradition du compromis politique, en matière de bilinguisme judiciaire, à la grande consternation des FHQ. Comme le souligne Foucher, après la publication des trois décisions de 1986, « les minorités linguistiques du pays sont désillusionnés [*sic*] d'apprendre que la *Charte* [...] les ramène à nouveau dans l'arène politique où ils n'ont malheureusement pas toujours le pouvoir nécessaire pour faire valoir leur point de vue » (Foucher, 1987 : 409). Ces décisions signifiaient que les FHQ, à plusieurs égards, étaient toujours dépendantes du bon vouloir des législateurs provinciaux en matière linguistique – un bon vouloir qui était souvent inexistant, durant une période marquée par la montée de l'intolérance et par les réactions vives au nationalisme québécois, auquel les FHQ étaient souvent associés malgré eux (Hébert, 2004 : 42-43). À la fin de la décennie 1980, après avoir revendiqué une plus grande autonomie dans l'arène politique, et par la suite, dans l'arène juridique, les FHQ se retrouvent donc devant des gains non négligeables, mais sans répondre complètement à leurs aspirations d'autonomie, entre autres en matière scolaire, en plus d'avoir été témoins d'une interprétation annulant, à toutes fins utiles, leurs protections en matière de bilinguisme judiciaire.

Chapitre 4

Vers un paradigme d'interprétation libérale des droits linguistiques

Dans le cadre de ce chapitre, nous étudierons les décisions de la Cour suprême en matière de droits linguistiques de 1990 jusqu'à 2000. Comme nous l'avons démontré dans le cadre du dernier chapitre, la décennie 1980 a donné l'occasion aux juges de poser des jalons en vue de la formation d'un paradigme d'interprétation généreux envers les droits linguistiques. Puis, dans le cadre du point tournant que constitue la trilogie de 1986, la majorité de la Cour a appuyé une représentation des droits linguistiques limitant leur portée, instituant un nouveau paradigme. En d'autres mots, cette première période a contribué à deux types d'interprétation, l'une généreuse, l'autre restrictive. Bien que la Cour suprême ait rendu moins de décisions portant sur les droits linguistiques dans la décennie 1990 que durant la décennie précédente, cette période permettra aux juges de continuer à façonner leurs représentations des droits linguistiques. Notre analyse de la jurisprudence de l'époque s'appuiera, notamment, sur les travaux de Clarke et Foucher (2005), de Doucet (2000), de Doucet, Bastarache et Rioux (2013), de Foucher (1990b), de Réaume (2002), et de Power et Foucher (2004). La période étudiée commence à l'aulne de nombreux développements législatifs et constitutionnels comme la révision de la *Loi sur les langues officielles* fédérale, en 1988, les débats sur les Accords du lac Meech et de Charlottetown ainsi que le référendum québécois de 1995 sur la souveraineté-association. Certains de ces événements politiques ont lieu de façon concomitante à l'activité judiciaire en matière de droits linguistiques à la Cour suprême et, dans le cas du référendum au Québec, sont la cause directe de certaines décisions que nous étudierons dans le cadre de ce chapitre.

La jurisprudence entre 1990 et 2000 renverse le paradigme d'interprétation limitée et crée un nouveau jalon en vue d'une interprétation libérale des droits linguistiques, mais surtout, elle est importante pour la réflexion sur l'autonomie des FHQ. Comme nous le verrons, les juges y énoncent des principes qui auront des conséquences décisives en matière de langues officielles, dont celle « d'imposer des obligations positives aux autorités gouvernementales » (Doucet, 2000 : 5) en la matière, et qui rendront possible l'énonciation d'un élargissement de la norme d'autonomie pour les FHQ par les juges. Mais avant de passer à l'analyse de notre corpus, arrêtons-nous un moment aux changements ayant eu lieu sur le banc de la Cour suprême durant la décennie 1990.

La Cour suprême du Canada, 1990-2000

La période qui est l'objet de ce chapitre révèle une rotation régulière à la Cour suprême. Dans le courant d'une décennie, chaque siège ne fut pas remplacé plus d'une fois (McCormick, 2003 : 104). Cette période est surtout marquée par la nomination du juge Lamer en tant que juge en chef, en 1990, poste qu'il conservera jusqu'en 2000.

La composition de la Cour suprême du Canada

Le tableau 4.1 montre la composition de la Cour suprême du Canada de 1990 à 2000. Cette période est caractérisée par le départ du juge en chef Dickson après la rédaction de sa dernière décision dans le domaine des droits linguistiques, soit la décision *Mahe*. En 1990, il est remplacé dans ses fonctions par le juge Lamer. Ce dernier était déjà juge puîné depuis dix ans lors de sa nomination. Le nouveau juge en chef se retrouva à la tête d'une Cour où six des neuf juges siégeant à la Cour avaient été remplacés entre 1987 et 1990. Il avait donc beaucoup plus d'expérience que ses collègues. La Cour suprême a aussi accueilli, en 1997, la nomination du juge Michel Bastarache. Bastarache est un avocat et juge chevronné dans le domaine des droits linguistiques, et un ardent défenseur des droits des francophones hors Québec. En tant que juge à la Cour suprême, il fera sa marque dans la jurisprudence de droit linguistique.

Tableau 4.1: La composition de la Cour suprême du Canada, 1990-2000

Juges	Période juge puîné(e)	Période juge en chef
Robert George Brian Dickson	1973-1984	1984-1990
Louis-Philippe de Grandpré	1974-1997	
Antonio Lamer	1980-1990	1990-2000
Bertha Wilson	1982-1991	
Gérard Vincent La Forest	1985-1997	
Claire l'Heureux-Dubé	1987-2002	
John Sopinka	1988-1997	
Charles Doherty Gonthier	1989-2003	
Peter deCarteret Cory	1989-1999	
Beverly McLachlin ⁷³	1989-2000	2000 –
William Stephenson	1990-1992	
Frank Iacobucci	1991-2004	
John Charles Major	1992-2005	
Michel Bastarache	1997-2008	
William Ian Corneil Binnie	1998-2011	

Source : Cour suprême du Canada, 2000 : 191.

⁷³ La juge McLachlin sera nommée juge en chef en 2000. Nous traiterons de sa nomination dans le prochain chapitre, car la dernière décision de la présente période, soit *Arsenault-Cameron*, rendue en janvier de la même année, est signée par le juge en chef Lamer.

Prenons un moment pour présenter ces deux juges.

Antonio Lamer

Antonio Lamer est né en 1933 à Montréal. Son père était aussi avocat, et pratiquait le droit criminel. Robert écrit à son sujet : « Antonio, comme Obélix dans la potion magique, était tombé dans cette discipline dès son jeune âge » (Robert, 2009 : 9). En 1956, il obtient son diplôme de la Faculté de Droit de l'Université de Montréal et est admis au Barreau du Québec un an plus tard. Il a pratiqué le droit criminel en tant que partenaire au cabinet Cutler, Lamer, Bellemare et associés⁷⁴ et a enseigné le droit et la criminologie à l'Université de Montréal. Il fut nommé à la Cour supérieure du Québec et à la Cour du Banc de la Reine en 1969, et désigné en tant que responsable de la chambre criminelle. En 1978, il se retrouva à la Cour d'appel de la province, pour être nommé à la Cour suprême du Canada deux ans plus tard. Il a été juge puîné pendant une décennie avant d'être nommé juge en chef, un poste qu'il a occupé de 1990 à 2000. Suite à sa retraite de la Cour suprême, il a été nommé à la tête de la Commission d'enquête sur des condamnations pour meurtre injustifiées de la province de Terre-Neuve-et-Labrador, commission ayant siégé pendant trois ans. Il est décédé en 2007.

Nommé à la Cour suprême en 1980, le juge Lamer a assisté aux changements qui ont eu lieu à la plus haute cour du pays suite à l'adoption de la *Charte*. En entrevue à la *Canadian Broadcasting Corporation* (CBC), il avait dit que certains juges plus conservateurs que lui avaient vécu « *somewhat of a shock to see their job description changed so fundamentally* » (*CBC News*, le 25 novembre 2007 : en ligne) après 1982. Sa position personnelle au sujet du rôle des juges dans l'évolution du droit était bien connue. En réponse aux critiques traitant les juges de sa Cour d'activistes, il répondait :

It's not for me to criticize legislators but if they choose not to legislate, that's their doing [...] If they prefer to leave it up to the court, that's their choice. But a problem is not going to go away because legislators aren't dealing with it. People say we're activist, but we're doing our job (ibid.).

Toutefois, selon Michel Bastarache, en matière de droits linguistiques, l'approche du juge Lamer était caractérisée par l'ambivalence et l'hésitation.

Il n'avait pas une connaissance intime de la situation des minorités de langues officielles et a toujours adopté une approche très formelle en matière d'interprétation constitutionnelle. Le contexte était bien entendu important pour

⁷⁴ Ce cabinet ne semble plus être en existence aujourd'hui.

lui, mais [...] ce qui comptait dans la balance, c'était la relation entre la majorité d'expression française au Québec et le Canada anglais. C'est à force de persuasion qu'il s'est sensibilisé au cours des ans à la situation des minorités linguistiques (Bastarache, 2009b : 337).

Sa position envers la protection et la reconnaissance des minorités de langues officielles a évolué dans sa carrière. Il a adopté, dans un premier temps, une interprétation généreuse des droits linguistiques au début de sa carrière, comme la majorité de la Cour au début des années 1980. Il a ensuite opté pour une interprétation restrictive dans la seconde moitié des années 1980. Il a notamment signé avec la majorité dans *Société et Acadiens*, *MacDonald*, et *Mercure*. Finalement, à la fin de sa carrière, il est revenu vers une approche généreuse (*ibid.* : 336). Bien qu'il ait participé à plusieurs décisions en matière de droits linguistiques⁷⁵, le seul jugement important de notre corpus dont il est l'auteur est le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Manitoba)*. Dans le cadre de cette décision, il a appliqué les principes déjà explicités par le juge Dickson dans l'arrêt *Mahe* sans plus s'avancer sur l'aspect théorique des droits linguistiques canadiens. Il a aussi cosigné le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* avec ses collègues en 1998. Selon Bastarache (*ibid.* : 352), les positions prises par le juge en chef Lamer à la fin de sa carrière indiquent que ce dernier a finalement saisi l'importance de ces droits pour les minorités de langue officielle au pays et pris ces minorités en compte dans l'interprétation des droits linguistiques.

Michel Bastarache⁷⁶

Michel Bastarache est né à Québec en 1947. Il a grandi en Acadie du Nouveau-Brunswick. Après des études à l'Université de Moncton, où il a obtenu un baccalauréat ès Arts en 1967, il a obtenu une License d'études supérieures de droit public de l'Université de Nice en France en 1972. Il a reçu son diplôme de Common Law de l'Université d'Ottawa en 1978. Il a été admis au Barreau du Nouveau-Brunswick en 1980, au Barreau de l'Alberta en 1985, et au Barreau de l'Ontario en 1986. Il a participé à l'intégration du français dans la pratique de la Common Law au Canada, notamment en travaillant à la traduction de cette tradition juridique dans la langue française

⁷⁵ Il a cosigné *Société des Acadiens* (1986), *MacDonald* (1986), *Mercure* (1988), *Ford* (1988), et *Arsenault-Cameron* (2000).

⁷⁶ La carrière professionnelle de Michel Bastarache est marquante à plusieurs égards, au-delà de sa contribution à l'évolution au droit linguistique canadien, mais nous nous limiterons ici à cet aspect pour le bien de notre propos. Le lecteur est invité à consulter l'entrevue qu'il a donnée à Gray et Yannakis (2000) dans la *University of Toronto Faculty of Law Review* pour plus d'information sur la carrière du juge Bastarache.

(*Vocabulaire anglais-français et lexique français-anglais de la "Common Law"*, 1980). Il est devenu l'un des premiers professeurs de droit de la Faculté de droit de l'Université de Moncton lors de son ouverture en 1978. De 1980 jusqu'en 1983, il en a été le doyen. La bibliothèque de droit de cette institution porte aujourd'hui son nom.

Après une période deux ans à la direction générale de la Promotion des langues officielles au Secrétariat d'État du Canada, Michel Bastarache est nommé doyen adjoint de la section de Common Law de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, poste qu'il a occupé de 1984 à 1987. Après avoir pratiqué le droit au sein de la firme Lang Michener Lang Johnston⁷⁷, à Ottawa, puis chez Stewart McKelvey Stirling Scales⁷⁸, à Moncton, il est nommé juge à la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick en 1995. Deux ans plus tard, il est appelé à la Cour suprême du Canada, remplaçant le juge La Forest. Il y est resté jusqu'en 2008.

Le cheminement du juge Bastarache diffère de celui des autres juges présentés jusqu'à maintenant. Entre autres, sa carrière est marquée par son militantisme envers les langues officielles. Avant d'être nommé juge, Bastarache a été très actif au sein des communautés francophones en situation minoritaire. Il a été Secrétaire général de la Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick (SAANB), de 1973 à 1974, puis président de la Société nationale des Acadiens (SNA) de 1974 à 1977 (Migneault, 2012 : 576). Il est l'auteur du rapport Poirier-Bastarache, déposé au gouvernement du Nouveau-Brunswick en 1982. Ce rapport contenait 96 recommandations invitant le gouvernement Hatfield à assurer la coexistence pacifique entre les deux communautés linguistiques de la province (Migneault, 2007 : 111). Comme le souligne Michel Doucet, le rapport Poirier-Bastarache proposait l'adoption d'une nouvelle loi sur les langues officielles au Nouveau-Brunswick ainsi que « la création d'un bureau des langues officielles qui aurait pour rôle d'assurer la mise en œuvre des politiques linguistiques » (Doucet, 1995 :106). Michel Bastarache est aussi un auteur prolifique dans le domaine des droits linguistiques. En 1986, il dirige l'ouvrage devenu incontournable *Les droits linguistiques au Canada*, qui en est aujourd'hui à sa 3^e édition.

Bastarache a aussi représenté les FHQ devant la Cour suprême durant les années 1980. Il se présentera devant la Cour suprême pour la Société franco-manitobaine lors du *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* en 1985. Il défendra aussi feu le Père Mercure durant son

⁷⁷ Ce cabinet a été fusionné au cabinet d'origine torontoise McMillan en 2010.

⁷⁸ Ce cabinet est toujours en existence.

procès en 1988. Il a représenté des intervenants des FHQ dans les décisions de cours inférieures suivantes : *Mahe et al. v. The Queen in Right of Alberta* (1987), 42 D.L.R. (4th) 767 514 (Alta. C.A.); *Marchand v. Simcoe County Board of Education et al.* (No. 2) (1987), 44 D.L.R. (4th) 171 (Ont. H.C.); et *Reference re: School Act* (1988), 49 D.L.R. (4th) 499 (P.E.I.S.C.) (Gray et Yiannakis, 2000 : 74).

Suite à sa nomination à la Cour suprême du Canada, en 1997, le juge Bastarache a joué un rôle clé dans le débat sur l'interprétation des droits linguistiques portée par la Cour. Selon Migneault (2012 : 584), Bastarache a présenté trois grands penchants idéologiques durant son passage à la Cour suprême : « 1) un accent sur la nature égalitaire et universelle des droits linguistiques, 2) une approche davantage collectiviste et 3) un rôle [accru de la part du] judiciaire ». Il a contribué à formuler une théorie générale des droits linguistiques à la Cour suprême. Il a alimenté la Cour d'arguments provenant à la fois du droit interne et du droit international en vue de l'adhésion des juges à une doctrine libérale des droits linguistiques, comme le démontre notamment l'arrêt *Beaulac*, qu'il a signé pour la majorité de la Cour. Il a interprété les droits linguistiques comme des droits fondamentaux au Canada, et ce, « même s'ils se distinguent des droits de la personne généralement reconnus dans les grandes conventions internationales et qu'ils sont issus de compromis politiques » (Bastarache, 2007b : 741). Il s'est voué à l'écartement de la théorie du compromis politique en tant que principe limitant la portée des droits linguistiques canadiens, énoncée par le juge Beetz durant la décennie 1980, analysée au dernier chapitre. Comme Bastarache l'explique lui-même, « ce qui est déterminant dans ce contexte [de l'interprétation des droits linguistiques canadiens], c'est la nature des intérêts en cause et leur justification morale, et non leur origine ou leur fin » (*ibid.*).

Malgré les avancées de Bastarache sur la nature des droits linguistiques, Michel Doucet considère que « la perception que les droits linguistiques ne sont que des revendications politiques camouflées sous une apparence de droits fondamentaux est encore bien ancré [*sic*] dans l'esprit de plusieurs » (Doucet, 2011 : 284). Denise Réaume, pour sa part, avance que Bastarache a su faire des droits linguistiques des droits ne pouvant être la cible de restrictions basées sur la notion de compromis politique, mais qu'il n'a pas réussi à établir une fois pour toutes que les droits linguistiques sont des droits de nature positive (Réaume, 2002). Nous verrons tout de même, dans le cadre du présent chapitre, que l'argumentaire de Bastarache cherchait à faire évoluer l'interprétation de la Cour suprême en matière de droits linguistiques

vers une approche plus généreuse, fondée « sur les besoins particuliers de la communauté » (Doucet, Bastarache et Rioux, 2013 : 74). Cette nouvelle approche transparaîtra en particulier du jugement majoritaire qu’il a rédigé pour l’arrêt *Beaulac* en 1999 et du jugement unanime qu’il a corédigé avec le juge Major dans l’arrêt *Arsenault-Cameron* en 2000, qui constituent deux références importantes⁷⁹.

La jurisprudence en matière de droits linguistiques (et de droits des minorités) : 1990-2000

Cette section présente six décisions publiées par la Cour suprême dans la décennie 1990. Ces décisions portent sur des enjeux linguistiques qui ont eu lieu dans l’Ouest canadien (Alberta, Manitoba, Colombie-Britannique) ainsi qu’à l’Île-du-Prince-Édouard, en particulier dans les domaines du droit à l’instruction dans la langue de la minorité et du droit à un procès dans la langue officielle de son choix. Le tableau 4.2 reprend chaque décision au regard de la répartition des décisions des juges, du domaine et des dispositions juridiques touchées dans chaque cas. Le tableau 4.3, pour sa part, présente le *Renvoi relatif à la Sécession du Québec*, qui ne porte pas directement sur les droits linguistiques, mais sur le droit du Québec à procéder à une sécession unilatérale de la fédération canadienne et sur les modalités de cette sécession. Nous l’avons inclus dans notre corpus, car il comporte des passages importants pour l’étude des droits des minorités francophones, notamment la reconnaissance du principe constitutionnel non écrit de la protection des minorités et un examen du fédéralisme canadien, sur lesquels nous nous attarderons particulièrement. Nous présenterons ensuite chaque décision de façon plus détaillée, en ordre chronologique.

Tableau 4.2 Les décisions de la Cour suprême du Canada dans le domaine des droits linguistiques, 1990-2000

Titre de la décision	Année	Décision / Juges	Domaine	Dispositions touchées
<i>Mahe c. Alberta</i>	1990	Unanime / Dickson, Wilson, La Forest, L’Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory	Droit à l’instruction dans la langue de la minorité de langue officielle	Art. 23, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> <i>School Act</i> de l’Alberta Art. 17, <i>Loi sur l’Alberta</i>
<i>R. c. Paquette</i>	1990	Unanime / Lamer, Wilson, La	Administration de la justice – utilisation	Art. 110, <i>Acte des Territoires du Nord-Ouest</i>

⁷⁹ Au moment où ces lignes étaient écrites, l’arrêt *Beaulac* avait d’ailleurs été cité pas moins de 168 fois dans des jugements ultérieurs depuis 1990, ce qui démontre l’importance manifeste de son contenu (Institut canadien d’information juridique, 2015).

		Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory	du français devant les tribunaux	
<i>Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques au Manitoba</i>	1993	Unanime / Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci	Droit à l'instruction dans la langue de la minorité de langue officielle	Art. 23, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> <i>Loi sur les écoles publiques du Manitoba</i>
<i>R. c. Beaulac</i>	1999	7-2 / Cour complète, juges Lamer et Binnie concurrents	Administration de la justice – utilisation du français devant les tribunaux	Art. 530 et 686, <i>Code criminel</i> Art. 16, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> Art 2. <i>Loi sur les langues officielles</i> Art. 133, <i>Loi constitutionnelle de 1982</i>
<i>Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard</i>	2000	Unanime / Cour complète	Droit à l'instruction dans la langue de la minorité de langue officielle	Art. 23, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> <i>School Act</i> de l'Île-du-Prince-Édouard

Tableau 4.3 Le Renvoi relatif à la Sécession du Québec de la Cour suprême du Canada, 1998

Titre de la décision	Année	Décision / Juges	Domaine	Dispositions touchées
<i>Renvoi relatif à la sécession du Québec</i>	1998	Unanime / Cour complète	Droit constitutionnel et droit international – droit à la sécession unilatérale d'une province	<i>Loi constitutionnelle de 1867</i> <i>Statut de Westminster</i> <i>Loi constitutionnelle de 1982</i> <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> <i>Loi sur la Cour suprême</i> Droit international (droit à l'autodétermination)

*Mahe c. Alberta*⁸⁰

En 1990, les juges de la Cour suprême ont été saisis de la cause *Mahe*, conduisant ces derniers à se prononcer pour la deuxième fois sur l'étendue et les limites de l'article 23 de la *Charte*. La cause en litige portait sur le droit à l'instruction en français à Edmonton, en Alberta. Les appelants, comprenant M. Jean-Claude Mahé, réclamaient le droit à une école française gérée par un conseil scolaire homogène de langue française.

⁸⁰ Bien que le nom de l'appelant soit bel et bien Mahé, épilé avec un accent aigu, la cause est répertoriée sans l'accent par mesure de continuité, puisque c'est ainsi que la Cour de première instance l'avait enregistré.

L'histoire de cette décision débute peu après l'adoption de la *Charte*, en 1982. Cette année-là, « un groupe de parents déterminés fondaient à Edmonton l'école Georges-et-Julia-Bugnet, une école privée non subventionnée où l'instruction se donnait entièrement en français. Ils demandèrent des fonds publics, sans succès ; l'école dut fermer après deux ans d'opération » (Clarke et Foucher, 2005 : 39). Le même groupe de parents a alors entamé des démarches auprès du ministère de l'Éducation de la province afin d'obtenir une nouvelle école primaire publique entièrement francophone, dont le programme reflèterait la culture française, administrée « par un comité de parents sous l'égide d'un conseil scolaire français autonome » (*Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342 : 14). Selon les parents, le nombre d'étudiants francophones potentiels à Edmonton justifiait, en vertu de l'article 23, la création d'une école française homogène ainsi que la création d'un conseil scolaire francophone ayant les mêmes pouvoirs que les conseils scolaires de la majorité. Ces pouvoirs incluaient « le pouvoir d'établir des districts scolaires », « de lever des impôts », « d'embaucher et de licencier les enseignants », et « d'élire des conseillers scolaires » (Déclaration des appelants, dans *Mahe* : 16). C'était donc l'alinéa 23(3)b) de la *Charte* qui était en cause ici, soit la portée de l'expression « établissements d'enseignement de la minorité » – à savoir si celle-ci signifie, ou peut aller jusqu'à signifier, l'administration de conseils scolaires séparés pour la minorité linguistique.

La province a refusé de créer un conseil scolaire homogène français. Au lieu de quoi elle a proposé aux parents de soumettre leur demande d'ouvrir une nouvelle école auprès du conseil scolaire catholique ou du conseil scolaire public de la ville. Le conseil catholique a accédé à la demande des parents et a transformé les classes de la première à la sixième année de l'École Maurice-Lavallée, une école d'immersion française, en classes exclusivement françaises. Ces classes étaient réservées aux élèves considérés comme des « ayant droit », c'est-à-dire les élèves dont les parents répondaient aux critères de l'article 23 de la *Charte*⁸¹. Le conseil scolaire catholique planifiait aussi de déménager ses classes d'immersion de septième et huitième années dans une autre école de la ville afin que l'École Maurice-Lavallée devienne une institution

⁸¹ Nous rappelons que les ayant droit sont les enfants qui répondent aux critères suivants, énoncés à l'article 23 de la *Charte* : soit la « première langue apprise et encore comprise [d'un de leurs parents] est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident », soit leurs parents « ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et [...] résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province », ou finalement, soit un frère ou une sœur a déjà été admis dans une école de la minorité.

complètement francophone, à partir de 1985. Toutefois, cet arrangement ne donnait pas aux parents francophones le plein contrôle de leur école, par l'entremise d'un conseil scolaire francophone, comme ils le souhaitaient. Ils n'avaient obtenu qu'un pouvoir consultatif auprès du conseil scolaire catholique, dont l'administration était anglophone.

Par ailleurs, le groupe de parents francophones demandait aussi à la Cour de déclarer le *School Act* incompatible avec l'article 23 de la *Charte*. En vertu de cette loi, tous les programmes scolaires de la province, même dans les écoles francophones, étaient tenus à l'enseignement d'au moins vingt pour cent des heures de cours en anglais. Selon l'Association Bugnet, ce règlement portait atteinte à leur pouvoir de gestion et de contrôle du contenu de l'instruction (*Mahe* : 19).

La Cour du banc de la Reine de l'Alberta, en première instance en 1985, a répondu aux deux questions des appelants en reprenant en partie la décision *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Rights* de la Cour d'appel de l'Ontario en 1984 afin d'illuminer la situation des francophones d'Edmonton. Selon le juge Purvis, l'article 23 conférait aux parents francophones d'Edmonton un degré de gestion et de contrôle, selon le nombre d'enfants ayant droit vivant dans la ville. Toutefois, « si la représentation de la minorité était garantie au sein des conseils locaux », l'article 23 serait respecté (*ibid.* :18). Le juge Purvis ne reconnaissait pas aux appelants des pouvoirs de gestion aussi larges que ceux revendiqués. Les obligations de la *Charte* dans ce domaine avaient été, selon lui, respectées par le conseil scolaire catholique en donnant aux parents un degré de pouvoir consultatif au sein de l'autorité anglophone. Pour ce qui en était du règlement de la *School Act* sur le contenu minimal de vingt pour cent des heures de cours enseignées en anglais, le juge Purvis a décidé qu'il allait effectivement à l'encontre de l'article 23, mais qu'il s'agissait d'une « restriction raisonnable ». Par conséquent, aucune disposition de la *School Act* n'a été invalidée (*ibid.* : 20).

La Cour d'appel de l'Alberta, pour sa part, a rejeté l'appel des parents francophones en 1987. Le juge Kerans énonçait dans sa décision que l'article 23 représentait un « compromis » entre des droits octroyés à une minorité afin d'éviter son assimilation et les pouvoirs de la province en matière d'éducation. Ce compromis signifiait que le nombre d'élèves francophones à Edmonton ne justifiait pas les pleins pouvoirs revendiqués par les parents impliqués dans l'affaire :

À mon avis, le compromis consiste en la création de deux droits et ce compromis ne confère pas la plénitude des droits à des populations trop peu nombreuses pour les exercer. Le paragraphe 23(3) fait une distinction entre la situation où

une population assez importante pour justifier la gestion indépendante des écoles existe dans une province et la situation où il n'existe pas de telle population. La « justification par le nombre » énoncée à l'al. 23(3)b) constitue la ligne de démarcation entre les deux (Jugement de la Cour d'appel, cité dans *Mahe* : 20).

La Cour d'appel a aussi énoncé que c'était à la province de décider de l'organisation des établissements d'enseignement de la minorité linguistique et donc des moyens afin de respecter l'al. 23(3)b) de la *Charte*. Finalement, le juge Kerans a refusé d'invalider le règlement de la *School Act*, jugeant qu'il n'y avait pas de conflit entre celui-ci et l'article 23.

Trois ans plus tard, en 1990, sous la plume du juge en chef Dickson, la Cour suprême, de façon unanime, a renversé ces décisions antérieures en prenant une approche différente de la Cour du banc de la Reine et de la Cour d'appel eu égard aux droits linguistiques de l'article 23. Dickson reprend en partie la décision de la Cour d'appel de l'Ontario *Reference Re Education Act of Ontario* de 1984 qui avait reconnu dans le texte de l'article 23 que « des établissements d'enseignement de la minorité linguistique » signifiait bel et bien que « [c]es établissements appartiennent à la minorité et que la minorité linguistique devrait donc avoir à l'égard des établissements d'enseignement une certaine mesure de gestion et de contrôle »⁸² (*Mahe* : 34). L'obtention d'un conseil scolaire francophone indépendant représente, à cet égard, un « idéal » ou une mesure optimale pour une grande communauté (*ibid.* : 37). Toutefois, pour une communauté dont les effectifs seraient moindres, la création d'un conseil scolaire pourrait avoir l'effet délétère d'isoler la communauté, ce qui « contribuerait à la détérioration du statut du groupe linguistique minoritaire et des moyens dont il dispose en matière d'éducation » (*ibid.* : 38). Ce résultat irait à l'encontre de l'objet de l'article 23. De plus, la qualité de l'éducation devrait être égale (mais non identique), et les fonds octroyés à l'éducation dans la langue de la minorité devraient aussi être équivalents à ceux de la majorité, afin de respecter ces dispositions. Dickson rappelle aussi la décision *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Rights* afin d'affirmer que les droits à l'éducation confessionnelle (retrouvés à l'article 93 de la *Loi constitutionnelle*) et les droits à l'éducation dans la langue de la minorité n'empiètent pas les uns sur les autres. Il clarifie ainsi qu'il n'y avait pas d'incompatibilité entre l'article 93 de la *Loi constitutionnelle* et l'article 23 de la *Charte*. Il mentionne plutôt la possibilité d'un système scolaire dit « quadripartite ». « Dans un tel système, existeraient côte à côte des 'écoles séparées de la minorité linguistique', des 'écoles publiques de la minorité linguistique', des 'écoles

⁸² Souligné dans le texte.

séparées de la majorité linguistique' et des 'écoles publiques de la majorité linguistique' » (*ibid.* : 48).

À partir de ces observations, le juge Dickson interprète les obligations provinciales découlant de l'article 23 comme étant variables selon le nombre d'élèves de la minorité linguistique présents sur un territoire donné. Il établit que le nombre d'étudiants à prendre en considération par les juges, lorsqu'ils doivent décider du niveau de gestion et de contrôle à octroyer, est un nombre mitoyen entre « la demande connue relative au service et le nombre total de personnes qui pourraient éventuellement se prévaloir du service » (*ibid.* : 49). Une fois ce nombre déterminé, deux facteurs entrent en jeu afin de déterminer les exigences portées par l'article 23, soit une question d'ordre pédagogique et une question d'ordre pécuniaire. D'une part, le juge est appelé à reconnaître « l'existence d'un seuil numérique minimal pour assurer le fonctionnement efficace de certains programmes et établissements » (*ibid.*), c'est-à-dire que le programme ou l'établissement mis en place par l'article 23 doit être approprié pour le nombre d'élèves qui seront touchés. La question du coût des services, d'autre part, est un facteur secondaire aux considérations pédagogiques pour la province.

La question en litige dans le cas de la population francophone d'Edmonton étant jugée par Dickson comme répondant aux critères « supérieurs » de la « gamme possible d'exigences » (*ibid.* : 31) découlant de l'article 23, le juge en chef n'éclaircit pas les possibilités de cette gamme d'exigences aux niveaux inférieurs. Il se concentre plutôt sur le droit de la communauté francophone d'Edmonton à un conseil scolaire francophone indépendant, comme le revendiquaient les appelants. Après avoir considéré la question du nombre d'étudiants potentiels touchés par l'article 23 dans cette ville, le juge a conclu qu'une école francophone indépendante et « un programme permanent d'instruction aux niveaux primaire et secondaire » (*ibid.* : 52) étaient nécessaires. Il a exigé, de plus, « que soit donné aux parents appartenant à la minorité linguistique le droit d'être représentés au conseil scolaire séparé et le degré de gestion et de contrôle correspondant » (*ibid.* : 52). Ce degré signifie que la représentation des parents sur le conseil devrait être *au moins* proportionnelle au nombre d'élèves de la minorité dans le district scolaire (*ibid.* : 60). Le juge Dickson refusa toutefois d'exiger la création d'un conseil scolaire unilingue francophone, le seuil maximal du critère variable de gestion et de contrôle pouvant être octroyé par l'article 23.

Finalement, au sujet du règlement du *School Act* de la province touchant au pourcentage d'heures d'enseignement en anglais, le juge Dickson a décidé que ce règlement violait l'article 23, et qu'il ne pouvait pas être protégé par l'article premier de la *Charte*, stipulant que les droits énoncés par la *Charte* « ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Le gouvernement de l'Alberta n'avait pas démontré que le règlement constituait une limite raisonnable aux droits spécifiés à l'article 23. Dickson a reconnu qu'un certain nombre d'heures d'enseignement obligatoire dans la langue anglaise pourrait être vu comme une limite raisonnable à l'article 23, mais il s'est gardé « d'imposer des normes » à cet égard afin de protéger le pouvoir discrétionnaire de la province, souhaitant laisser au gouvernement « la souplesse nécessaire pour élaborer une solution appropriée aux circonstances » (*ibid.* : 58).

R. c. Paquette

L'affaire *Paquette* provient aussi de l'Alberta et porte, comme l'affaire *Mercure*, sur l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*. Cette affaire débute en 1983, alors qu'un résident de la province de Québec, Luc Paquette, est arrêté en Alberta pour possession illégale de narcotiques destinés à la revente. Paquette demande à être entendu devant jury dans la langue française. Selon Paquette, ce droit lui était conféré en vertu de l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*, permettant l'usage du français devant un tribunal. Bien que l'affaire *Paquette* ressemble beaucoup à l'affaire *Mercure*, mettant en question l'application de l'article 110 en Alberta plutôt qu'en Saskatchewan, soulignons qu'au début de ce litige, ni *Mercure*, ni la trilogie du compromis de 1986 n'avaient encore été entendus par la Cour suprême. Les juges de première instance n'avaient que peu de jurisprudence sur laquelle s'appuyer dans le cadre de cette cause.

En Cour provinciale, le juge Marshall a dû ajourner le procès de Paquette au sujet des accusations qui pesaient contre lui afin d'entendre, en premier lieu, les arguments de l'accusé au sujet de ses droits à obtenir un procès devant jury en français. En 1984, cette Cour a rendu un jugement selon lequel les droits linguistiques de M. Paquette allaient seulement jusqu'à obtenir l'assistance d'un interprète lors d'un procès où il pourrait présenter sa défense en français, mais où le reste de la procédure se déroulerait en anglais (*Paquette v. R. in Right of Canada*, 1985 CanLII 140). L'affaire a été portée en appel à la Cour du banc de la Reine, où le juge Sinclair a renversé la décision de la Cour provinciale en 1987. Selon le juge Sinclair, l'article 110 était toujours en application en Alberta, ce qui octroyait à l'accusé et à son avocat le droit d'utiliser le

français durant le procès et au moment de la présentation de preuves écrites et orales, ainsi que le droit à la traduction des procédures de la Cour de l'anglais vers le français, et le droit à des services d'interprétation fournis par la Cour (*Paquette v. Canada*, 1987 ABCA 188 : au para. 5). Toutefois, ni l'accusé, ni la province, ni le Procureur de la Couronne du Canada n'ont accepté la décision de la Cour du banc de la Reine. M. Paquette tenait toujours à faire reconnaître son droit à un procès se déroulant en français et entendu par un jury francophone. L'Alberta, pour sa part, rejetait l'application de l'article 110 sur son territoire, et s'il était décidé que l'article 110 était toujours en application, elle défendrait une position selon laquelle les obligations de la province en matière linguistique seraient remplies si un interprète était fourni. Les avocats du gouvernement fédéral, pour leur part, remettaient en question le bilinguisme obligatoire des juges découlant logiquement de ce jugement (*ibid.* : au para. 6).

Les juges Stevenson et Irving de la Cour d'appel se sont inspirés de la direction prise par le juge Beetz de la Cour suprême dans la trilogie de 1986 afin d'interpréter l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*. Les décisions *MacDonald* et *Société des Acadiens*, portant sur l'article 133 de la *Loi constitutionnelle* (dont l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest* est une copie presque conforme), en venaient à la conclusion, on le rappelle, que cette disposition octroyait le droit d'être entendu dans la langue officielle de son choix, mais sans garantie d'être compris dans cette langue. Pour les juges de la Cour d'appel, la demande de M. Paquette d'être entendu devant un jury francophone et sans l'aide d'un interprète était une « interprétation extravagante »⁸³ (*Paquette v. Canada*, 1987 ABCA 188 : au para. 45) de l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*. La position de M. Paquette en Cour d'appel a donc été rejetée, alors que celles de la province et du Canada ont été acceptées. En 1988, comme en Saskatchewan, les dispositions de l'article 110 avaient été abrogées par la province suite à l'arrêt *Mercury* (Aunger, 2006 : en ligne).

Finalement, en 1990, l'appel de M. Paquette a été entendu par la Cour suprême du Canada. Le jugement rendu par le juge en chef Lamer, pour une cour unanime, est très court, tenant sur deux pages. Il statue que la décision *Mercury* de 1988 avait déjà disposé de la validité de l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest* et des obligations linguistiques qu'il impose sur les procédures judiciaires, étendant les conclusions de cette première décision, portant sur la Saskatchewan, à la province de l'Alberta (*R. v. Paquette*, [1990] 2 R.C.S. 1103 :

⁸³ Notre traduction.

1104). L'article 110 ne comprenait que le droit de l'accusé à être entendu dans la langue officielle de son choix, sans garantie d'être compris, et sans droit à des procédures et à un procès dans la langue officielle de son choix, dans la province de l'Alberta. Toutefois, puisque celui-ci avait été abrogé par la province, M. Paquette ne pouvait plus se réclamer de ces droits devant un tribunal de la province.

Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Manitoba)

La publication du *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Manitoba)* en 1993 s'inscrit dans le prolongement de l'affaire *Forest*, du *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, et de l'arrêt *Bilodeau*. Le présent Renvoi portait spécifiquement sur les droits scolaires des Franco-Manitobains et venait étayer la décision *Mahe* au sujet de la portée de l'article 23 de la *Charte*. Comme nous l'avons souligné plus haut, *Mahe* avait jeté les bases d'une interprétation de l'article 23, mais la Cour suprême s'en était tenue à une interprétation de la situation précise à Edmonton et ne s'était pas avancée sur la mise en œuvre générale (dans le reste de l'Alberta, ou dans une autre province) des obligations découlant de l'article 23 (Pelletier, 1993 : 81-82). Ce Renvoi a permis à la Cour suprême de clarifier les obligations du gouvernement du Manitoba en vérifiant la validité de la *Loi sur les écoles publiques* de cette province en vertu de l'article 23 de la *Charte*.

Le Renvoi est le fruit d'une impasse politique au Manitoba qui n'est pas sans rappeler la crise des écoles en Ontario. Cette dernière avait débouché sur le Renvoi ontarien de 1984 à la Cour d'appel de l'Ontario (voir chapitre 3). Il a eu lieu au milieu de la « crise linguistique » au Manitoba (Behiels, 2004) ayant notamment conduit au *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba* en 1985. Certains porte-parole de la communauté franco-manitobaine, dont la Fédération provinciale des comités de parents (FPCP) et la Société franco-manitobaine (SFM), exerçaient de la pression depuis les années 1970 sur le gouvernement provincial afin d'obtenir un plus grand contrôle sur l'enseignement en français. Leur cheval de bataille principal était le remplacement des écoles bilingues existantes par des écoles homogènes francophones. Dès 1980, la FPCP et la SFM commencent à étudier la possibilité de créer un conseil scolaire de langue française pour la province. Toutefois, le gouvernement conservateur de la province durant la décennie menant à l'adoption de la *Charte*, pas plus que le gouvernement NPD élu en 1981, ne fut enclin à effectuer ces changements à la loi provinciale. Comme l'explique Behiels, durant les années 1985-1986, « *it became increasingly apparent that the government had absolutely no*

intention of granting Franco-Manitoban parents any system of French minority school boards » (Behiels, 2004: 207). C'est en 1986 que la FCPC et la SFM entreprennent des démarches auprès de la Cour du banc de la Reine afin d'entamer un litige contre la province pour non respect de ses obligations constitutionnelles en vertu de l'article 23 de la *Charte*. Cependant, la FCPC continue à tenter de convaincre la province de procéder par le moyen d'un renvoi afin de limiter les coûts financiers des procédures judiciaires. En décembre de la même année, le premier ministre Pawley a finalement annoncé qu'il procéderait par renvoi afin d'éclaircir la question des droits scolaires de la minorité franco-manitobaine (*ibid.* : 212).

Ainsi, en 1988, le Lieutenant-gouverneur en conseil de la province du Manitoba soumet à la Cour d'appel du Manitoba trois questions relatives aux garanties de l'article 23 de la *Charte* :

(a)(i) La portée globale des paragraphes 79(3), 79(4) et 79(7) de la Loi sur les écoles publiques permet-elle au Manitoba, en ce qui concerne le nombre d'enfants qui ont le droit de recevoir leur instruction dans la langue de la minorité, de remplir les obligations constitutionnelles prévues à l'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés?

(ii) Dans la négative:

(aa) la Législature peut-elle fixer, a [*sic*] titre de norme obligatoire ou de directive, un nombre minimum d'élèves à atteindre pour donner droit à l'instruction en français?

(bb) la Législature peut-elle confier à une commission scolaire, au ministre ou à un autre organisme la tâche de fixer le nombre minimum d'élèves ou de décider si le nombre d'élèves est suffisant pour justifier la prestation de l'instruction en français?

(b) En quoi consiste le droit de faire instruire ses enfants « dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique » garanti par l'alinéa 23(3)(b) de la Charte? Ce droit comprend-t-il plus particulièrement le droit de faire instruire ses enfants dans des lieux physiques distincts?

(c)(i) Les articles 23 et 15 de la Charte accordent-ils un droit de gestion ou de contrôle se rattachant aux droits prévus à l'article 23 concernant l'instruction en langue française et les établissements d'enseignement de la minorité linguistique?

(ii) Dans l'affirmative, les dispositions des parties I, II et III de la Loi sur les écoles publiques concernant l'établissement des divisions et des districts scolaires, l'élection des membres des commissions scolaires et les attributions des commissions scolaires permettent-elles au Manitoba de remplir ses obligations en ce qui a trait à un tel droit de gestion ou de contrôle? Si ces dispositions ne permettent pas au Manitoba de remplir ses obligations constitutionnelles à cet égard, quels sont les éléments essentiels qui leur

manquent? (*Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, [1990] M.J. No. 68 : 2-3)

Autrement dit, la Cour d'appel devait clarifier 1) si l'article 23 conférait le droit à des lieux d'enseignement pour la minorité différents de ceux de la majorité, 2) si cet article, ainsi que l'article 15 de la *Charte* (portant sur les droits à l'égalité) octroyaient un droit de gestion ou de contrôle de la part de la minorité francophone sur l'instruction en français dans la province, et finalement, 3) le cas échéant, si les dispositions de la *Loi sur les écoles publiques* permettaient de respecter ces droits.

Le Renvoi de la Cour d'appel du Manitoba de 1990 stipule que la *Loi sur les écoles publiques* va en effet à l'encontre de l'article 23 de la *Charte* et que « les droits constitutionnels de la minorité comprennent le droit à des lieux distincts pour l'instruction dans la langue de la minorité » (Cour d'appel du Manitoba, citée dans *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, [1993] 1 R.C.S. 839 : 841). Toutefois, la Cour d'appel n'octroya pas le droit de gestion des établissements scolaires ni de contrôle de ces établissements à la minorité, décidant que le dernier mot à ce sujet devait revenir à la province. Suite à cette décision, la FPCP décide de déposer un appel devant la Cour suprême du Canada. Peu de temps après, la Cour suprême rendait la décision *Mahe*, qui contredisait l'interprétation de la Cour d'appel du Manitoba dans le Renvoi en effectuant une interprétation plus généreuse de l'article 23. La publication de *Mahe* allait encourager les porte-parole de la communauté francophone de porter le Renvoi en appel.

Trois ans plus tard, la décision de la Cour d'appel du Manitoba était renversée par la Cour suprême, sans grande surprise vu la publication de la décision *Mahe* trois ans plus tôt. La décision rendue par la Cour suprême repose d'ailleurs en grande partie sur les avancées de la décision *Mahe*. Le juge en chef Lamer, pour une Cour unanime, rappelle premièrement que *Mahe* avait établi que les garanties de l'article 23 pouvaient fluctuer selon la « méthode du critère variable », c'est-à-dire que « le degré de gestion et de contrôle dépend du nombre réel et potentiel d'enfants qui se prévaudront en définitive du programme ou de l'établissement envisagé » (*ibid.* : 842). Stipulant que l'application de l'article 23 devait se faire en prenant en compte la spécificité de chaque situation provinciale, la Cour suprême a décidé que le nombre d'enfants était assez élevé au Manitoba pour justifier « l'établissement d'un conseil scolaire francophone autonome », « dont la gestion et le contrôle appartiendront exclusivement à la minorité linguistique francophone » (*ibid.*). Le nombre d'élèves au Manitoba était jugé assez élevé pour justifier la

mise en oeuvre des droits se retrouvant à l'extrême supérieur du critère variable. Ensuite, la Cour a clarifié ce qui était entendu par les « établissements d'enseignement de la minorité », stipulation retrouvée à l'article 23. On cherchait ici à savoir si ces établissements devaient se trouver dans des lieux distincts des établissements de la majorité. D'expliquer la Cour :

[S]'il faut que les « établissements d'enseignement de la minorité », comme l'indique l'arrêt *Mahe*, « appartiennent » de façon significative aux parents visés à l'art. 23 au lieu d'être simplement « pour » les parents en question, il est raisonnable qu'ils exercent une certaine mesure de contrôle sur les locaux où l'instruction est offerte. Comme des locaux doivent avoir des limites précises pour être placés sous le contrôle du groupe linguistique minoritaire, il semblerait s'ensuivre un droit à des établissements dans des lieux physiques distincts. [...] [L]es écoles de la minorité jouent un rôle utile à la fois comme centres culturels et comme établissements d'enseignement. [...] [I]l semble raisonnable de déduire qu'il faut un certain degré de démarcation dans les lieux physiques pour que ces écoles s'acquittent bien de ce rôle (*ibid.* : 854-855).

Le Renvoi de 1993 vient clarifier les avancées de *Mahe* en consolidant le droit de la minorité francophone à des établissements d'éducation qui lui appartiennent, sous sa gestion et son contrôle, et dans des lieux distincts de la majorité – le tout dans l'optique du « critère variable » s'appliquant à la taille de la population des élèves à desservir. Le juge en chef Lamer rajoute qu'« il est extrêmement important que les parents de la minorité linguistique ou leurs représentants participent à la détermination des besoins en matière d'instruction et à l'établissement de structures et de services qui répondent le mieux possibles à leurs besoins » (*ibid.* : 862). Le Renvoi réaffirme, de façon plus claire que dans *Mahe*, l'interprétation de l'article 23 de la *Charte* concernant le droit à des institutions d'enseignement qui appartiennent à la minorité et sur lesquelles elle possède un pouvoir de gestion et de contrôle. Toutefois, la Cour ne va pas jusqu'à préciser la façon dont cette exigence découlant de l'article 23 devrait être satisfaite par le législateur, ou « ce que les établissements de la minorité pourraient comprendre », vu « les répercussions financières » qui découlent de ces obligations. (*ibid.* : 856) Elle précise aussi que la province « ne doit plus tarder à mettre en place un système approprié d'enseignement dans la langue de la minorité » (*ibid.* : 859) afin de répondre à ces exigences, mais n'entre pas plus en détail au sujet d'un échéancier à respecter (Pelletier, 1993 : 84).

Finalement, le Renvoi répond à la question touchant la validité de la *Loi sur les écoles publiques* du Manitoba en affirmant que celle-ci viole les garanties de l'article 23, puisqu'elle ne prévoit pas, pour les parents francophones de la province, de gestion ou de contrôle de leurs

propres établissements d'enseignement (*Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)* : 860). Toutefois, encore une fois, les juges ne vont pas jusqu'à émettre un avis sur ce à quoi la nouvelle loi manitobaine devrait ressembler afin de respecter l'article 23, reprenant les propos du juge en chef Dickson dans *Mahe* selon lesquels « le gouvernement devrait disposer du pouvoir discrétionnaire le plus vaste possible dans le choix des moyens institutionnels dont il usera pour remplir ses obligations en vertu de l'art. 23 » (*ibid.* : 861). Ils rappellent toutefois au gouvernement de la province son obligation d'offrir à sa minorité francophone une éducation de qualité égale, mais pas nécessairement identique, à la majorité linguistique de la province (*ibid.* : 862-863). En somme, la décision de la Cour suprême constitue une victoire pour la communauté franco-manitobaine, mais elle octroie aussi une grande latitude à la province dans la mise en œuvre de l'article 23.

Renvoi relatif à la sécession du Québec

Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, rendu en 1998, ne porte pas directement sur les FHQ. Toutefois, les propos que les juges de la Cour suprême ont avancés dans leur avis auront un impact significatif sur les revendications des FHQ devant les tribunaux, comme nous le verrons plus tard. Le présent Renvoi a donné à la Cour suprême la possibilité de s'exprimer sur les principes fondamentaux sous-tendant la constitution canadienne, c'est-à-dire à la fois sur ses règles écrites et non écrites. Avant d'examiner ces principes plus en détail dans la prochaine section, nous nous pencherons sur les circonstances menant au Renvoi ainsi que sur l'avis des juges.

En 1994, le Parti Québécois (PQ), sous la direction de Jacques Parizeau, remporte les élections provinciales au Québec. Dès octobre de l'an prochain, il appelle la population à se prononcer sur un projet de souveraineté-association entre le Québec et le Canada dès le 30 octobre 1995. La question qui est posée aux Québécois lors de ce référendum est la suivante : « Acceptez-vous que le Québec devienne souverain, après avoir offert formellement au Canada un nouveau Partenariat économique et politique, dans le cadre du projet de loi sur l'avenir du Québec et de l'entente du 12 juin 1995⁸⁴ ? » (Bérard, 2000 : 12). Le résultat des votes, 49,42% pour le « oui », et 50,58% pour le « non », laisse entrevoir la possibilité que le camp du oui

⁸⁴ L'Entente du 12 juin était une entente de partenariat signée entre le Parti Québécois, le Bloc Québécois, et l'Action démocratique du Québec, visant la participation de ces trois partis politiques à d'éventuelles négociations vers la souveraineté québécoise.

puisse l'emporter dans un prochain référendum. C'est alors que le gouvernement fédéral décide d'entreprendre une série de démarches afin d'éclaircir la légalité et les modalités d'une éventuelle sécession unilatérale du Québec de la fédération canadienne (Webber, 2015 : 53). Le Gouverneur en conseil soumet à la Cour suprême du Canada, les trois questions suivantes :

1. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada ?
2. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada ? À cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l'autodétermination qui procurerait à l'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada ?
3. Lequel du droit interne ou du droit international aurait préséance au Canada dans l'éventualité d'un conflit entre eux quant au droit de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada ? (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 : au para. 2)

La Cour devait d'abord répondre à la question de sa compétence à l'égard de la question 2, cette question relevant du droit international. Ensuite, elle devait juger de la justiciabilité des questions présentées par le Gouverneur en conseil, une question soulevée par l'*amicus curiae*⁸⁵ André Joli-Cœur⁸⁶. La Cour a répondu à ces objections préliminaires en tranchant que les questions ci-dessus étaient de la compétence de la Cour, et qu'elles étaient bel et bien justiciables, n'étant pas purement théoriques comme l'argumentait l'*amicus curiae* mais s'appliquant à une situation précise. Par ailleurs, la Cour a précisé que dans le cadre d'un renvoi, les juges prenaient un rôle consultatif leur permettant de répondre à des questions parfois théoriques auxquelles ils ne sauraient répondre dans le cadre d'un litige traditionnel (*Renvoi relatif à la sécession du Québec* : au para. 25).

⁸⁵ Un *amicus curiae*, ce qui signifie littéralement « ami de la cour » en latin, est une personne ou un organisme qui n'est pas directement lié à la cause entendue, et qui n'a pas été sollicité par l'une des parties en litige, mais qui offre volontairement des informations et son assistance dans les travaux de la cour afin de l'aider dans ses délibérations. (Legal Information Institute : en ligne)

⁸⁶ M. Joli-Cœur a été nommé par le gouvernement canadien pour représenter le gouvernement du Québec, qui avait refusé de participer aux auditions devant la Cour.

Ces premières objections écartées, la Cour s'est ensuite penchée sur les questions provenant du gouvernement fédéral. Afin de répondre à ces questions, elle entame un examen de la Constitution canadienne, qui selon elle, « comprend des règles non écrites – et écrites » (*ibid.* : au para. 32), formant un « cadre juridique exhaustif pour notre système de gouvernement » (*ibid.*). Ces règles proviennent à la fois « de la compréhension du texte constitutionnel lui-même, de son contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle » (*ibid.*). La Cour mobilise ensuite quatre de ces règles ou principes constitutionnels, soit « le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des minorités » (*ibid.*). Elle passe en examen ces quatre principes.

Premièrement, le *fédéralisme* est selon la Cour un principe primordial pour les aspects tant politiques que juridiques de la Constitution canadienne. Les juges exposent les raisons historiques ayant mené à l'adoption d'une union fédérale lors de la fondation du Canada. Ils rapportent que « le fédéralisme était la réponse juridique aux réalités politiques et culturelles qui existaient à l'époque de la Confédération et qui existent toujours aujourd'hui [...] [et que] l'union canadienne permettrait de concilier unité et diversité » (*ibid.* : au para. 43) grâce à ce principe. Les juges mettent l'accent sur la diversité culturelle du pays et sur le choix d'un cadre fédéral dans le but précis d'octroyer « des garanties visant à protéger la langue et la culture françaises » (*ibid.* : au para. 32). Ils reconnaissent aussi que le fédéralisme permet que « des minorités culturelles ou linguistiques qui constituent la majorité dans une province donnée » (*ibid.* : au para. 59) poursuivent des objectifs collectifs qui leur sont particuliers, faisant ici référence à la province de Québec. La séparation des pouvoirs entre les ordres fédéral et provincial serait d'ailleurs un gage de reconnaissance et de respect de cette diversité (*ibid.* : au para. 35).

Deuxièmement, le principe constitutionnel non écrit de *démocratie* est entendu dans le cadre de ce Renvoi comme la « suprématie de la volonté souveraine d'un peuple » (*ibid.* : au para. 61). Au contraire de la définition classique de la démocratie, qui signifie « un système politique soumis à la règle de la majorité », la démocratie canadienne vise à « étendre la participation dans notre système politique à ceux qui en étaient injustement privés – notamment les femmes, les minorités et les peuples autochtones » (*ibid.* : au para. 63). Pour la Cour, dans le contexte fédéral, la volonté souveraine du peuple énoncée dans un contexte de démocratie prend aussi plusieurs formes (soit la volonté du peuple canadien et la volonté des habitants de chaque province), représentant l'existence d'une pluralité de collectivités politiques (*ibid.* : au para. 66).

Troisièmement, les principes du *constitutionnalisme et de la primauté du droit* (compris comme un tout dans le Renvoi) sont au fondement même du système de gouvernement canadien. Le principe non écrit du constitutionnalisme, d'une part, s'exprime dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, au para. 52(1) : « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit » (cité dans *Renvoi relatif à la sécession du Québec* : au para. 72). La primauté du droit, d'autre part, « assure aux citoyens et résidents une société stable, prévisible et ordonnée où mener leurs activités. Elle fournit aux personnes un rempart contre l'arbitraire de l'État » (*ibid.* : au para. 70). Ces deux principes signifient que les gouvernements autant que les citoyens doivent se conformer au droit, dont la Constitution. Selon les juges, l'une des raisons pour lesquelles une constitution est placée au-dessus des autres lois au sein d'une société politique est afin d'assurer la mise en place de balises pour protéger certaines minorités qui, autrement, seraient sensibles au pouvoir d'une simple majorité. Ils expliquent, « une constitution peut chercher à garantir que les groupes minoritaires vulnérables bénéficient des institutions et des droits nécessaires pour préserver et promouvoir leur identité propre face aux tendances assimilatrices de la majorité » (*ibid.* : au para. 74). C'est, selon la Cour, le cas de la Constitution canadienne, qui non seulement ne reconnaît pas que l'entièreté du système politique soit régie par une démocratie élue à la majorité simple, mais contient aussi des garanties constitutionnelles protégeant les intérêts des minorités (*ibid.* : au para. 77).

En dernier lieu, les juges ont présenté le principe non écrit de la *protection des minorités*. Ce principe se retrouverait selon la Cour dans plusieurs dispositions constitutionnelles visant à protéger les « droits linguistiques, religieux et scolaires » des minorités (*ibid.* : au para. 79). Ils soulignent que l'adoption de la *Charte* a été motivée en grande partie par l'intention du législateur de protéger les minorités, mais que cette intention date d'aussi longtemps que la Constitution elle-même (*ibid.* : aux paras. 81-82). En 1982, le législateur a voulu ajouter à la Constitution canadienne une protection pour les Autochtones, retrouvée aux articles 25 et 35 de la *Charte*. Enfin, pour les juges, les quatre principes susmentionnés fonctionnent en symbiose, c'est-à-dire de façon interdépendante les uns avec les autres. Par exemple, les juges combinent les principes de démocratie et de fédéralisme pour expliquer que « peuvent coexister des majorités différentes et également légitimes dans divers provinces et territoires ainsi qu'au niveau fédéral » (*ibid.* : au para. 66).

Suite à leur examen, la Cour passe à l'application de ces principes à la question de la sécession d'une province du Canada. Selon les juges, la sécession d'une province requiert une modification constitutionnelle, ce qui signifie qu'elle « exige forcément une négociation » (*ibid.* : au para. 84). Elle écarte la possibilité d'une déclaration unilatérale d'indépendance, car un tel acte ne respecterait pas les principes constitutionnels canadiens interpellés par cette question. Toutefois, l'obtention éventuelle d'une majorité claire à une réponse claire posée à la population québécoise lors d'un référendum sur la sécession « donne[rait] naissance à une obligation réciproque pour toutes les parties formant la Confédération de négocier des modifications constitutionnelles en vue de répondre au désir exprimé » (*ibid.* : 58). En somme, la Cour répond « non, mais » à la question centrale du *Renvoi*, c'est-à-dire qu'elle refuse de reconnaître au Québec le droit à une sécession unilatérale, sans négociations, du reste du pays⁸⁷.

R. c. Beaulac

La cause *Beaulac* est la première cause de droit linguistique provenant de la Colombie-Britannique à se rendre jusqu'en Cour suprême. Il faut souligner son importance, car cette décision aura des répercussions partout au Canada, les dispositions étudiées par les juges provenant du *Code criminel* et de la *Charte*. Elle est aussi la première décision touchant aux droits linguistiques du *Code criminel* à être examinée par la Cour suprême.

En 1988, Jean Victor Beaulac, un francophone de la Colombie-Britannique, est accusé du meurtre au premier degré de Mary Anne Costin. Suite à l'entrée en vigueur de l'article 530 du *Code criminel* canadien en Colombie-Britannique en 1990, M. Beaulac, pendant la tenue de son premier procès, a entrepris des démarches pour que son procès soit tenu en français. Il est pertinent de citer ici la section du *Code criminel* interpellée par la décision :

Langue de l'accusé

530. (1) Sur demande d'un accusé dont la langue est l'une des langues officielles du Canada, faite au plus tard :

a) au moment où la date du procès est fixée :

⁸⁷ Toutefois, la Cour spécifie qu'advenant un prochain référendum où le « oui » remporterait une majorité claire, les différents gouvernements canadiens auraient le devoir de reconnaître le désir, exprimé par la voie démocratique, des Québécois d'amender la Constitution canadienne, et en conséquence, de négocier de bonne foi et dans le respect des principes de la Constitution.

(i) s'il est accusé d'une infraction mentionnée à l'article 553 ou punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire,
(ii) si l'accusé doit être jugé sur un acte d'accusation présenté en vertu de l'article 577;

b) au moment de son choix, s'il choisit de subir son procès devant un juge de la cour provinciale en vertu de l'article 536 ou d'être jugé par un juge sans jury et sans enquête préliminaire en vertu de l'article 536.1;

c) au moment où il est renvoyé pour subir son procès :

(i) s'il est accusé d'une infraction mentionnée à l'article 469,

(ii) s'il a choisi d'être jugé par un tribunal composé d'un juge seul ou d'un juge et d'un jury,

(iii) s'il est réputé avoir choisi d'être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury,

un juge de paix, un juge de la cour provinciale ou un juge de la Cour de justice du Nunavut ordonne que l'accusé subisse son procès devant un juge de paix, un juge de la cour provinciale, un juge seul ou un juge et un jury, selon le cas, qui parlent la langue officielle du Canada qui est celle de l'accusé ou, si les circonstances le justifient, qui parlent les deux langues officielles du Canada.

La demande de Beaulac d'être entendu devant un juge et un jury parlant les deux langues officielles a été rejetée une première fois par le juge Skipp, en octobre 1990. Ce procès a été déclaré nul par la Cour suprême de la province. Une autre demande a ensuite été rejetée par le juge Macdonell en 1991 avant la tenue de son deuxième procès. Selon le juge Macdonell, la capacité de Beaulac de s'exprimer en anglais avait été évaluée et il avait été déterminé que « l'anglais de l'appelant n'était pas des plus raffinés, mais qu'il se faisait comprendre clairement et vigoureusement. Il a conclu qu'aucune injustice ne résulte de la tenue d'un nouveau procès en anglais » (*R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768 : au para. 9). Par ailleurs, puisque Beaulac était déjà emprisonné, il était selon le juge Macdonell important de s'assurer que son procès ait lieu « le plus rapidement possible » (*ibid.*). Beaulac a renouvelé sa demande une deuxième et une troisième fois en 1991. Elles ont toutes deux été refusées. Cette année-là, Beaulac a été trouvé coupable de meurtre en cour de première instance. Il a porté appel de cette décision. En 1994, il a encore une fois fait demande d'un procès devant un juge et un jury parlant les deux langues officielles, pendant son audience préparatoire, sans succès (*ibid.* : au para. 11). La même année, la Cour d'appel a invalidé sa culpabilité pour meurtre, mais ne s'est pas positionnée sur la question linguistique touchant à sa cause. La Cour d'appel a ensuite rejeté la demande d'appel de Beaulac en 1997, ce qui avait pour effet de confirmer la décision de 1994 concernant ses droits

linguistiques, refusant de lui reconnaître un droit à un procès devant juge et jury parlant les deux langues officielles (*ibid.*). Suite à cette saga, M. Beaulac se rendait devant la Cour suprême pour appeler de cette violation présumée de ses droits linguistiques en vertu du *Code criminel*.

Le juge Bastarache, pour la majorité, a rendu un jugement se distanciant radicalement de la jurisprudence de 1986 à l'égard des droits linguistiques en matière de justice. Il a établi un nouveau précédent impliquant non seulement le *Code criminel*, mais en révisant aussi les dispositions constitutionnelles de la *Charte* (article 16) et de la *Loi constitutionnelle de 1982* (article 133), qui n'avaient pas été de prime abord soumises pour examen à la Cour suprême (*Beaulac* : au para. 1). Pour leur part, le juge en chef Lamer et le juge Binnie ont rédigé une décision minoritaire se distanciant de la prise de position de Bastarache au sujet de l'article 16 de la *Charte* et de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon ces deux juges, « les tribunaux ne devraient pas se prononcer sur des questions constitutionnelles tant qu'elles ne sont pas nettement soumises à leur décision » (*ibid.*). Bastarache aurait dû fonder sa décision sur les seules dispositions du *Code criminel*, à leur avis. Par ailleurs, les deux juges dissidents étaient d'accord avec l'interprétation du jugement majoritaire de l'article 530 du *Code criminel*, que nous présenterons maintenant.

La décision majoritaire de Bastarache effectue d'abord un historique de la jurisprudence de droit linguistique, qui démontre que la posture dite restrictive retrouvée dans les trois arrêts de 1986 était une anomalie. Les autres décisions (*Jones, Blaikie 1 et 2*, et le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* avant la trilogie ; puis ensuite *Ford, Mahe*, et le *Renvoi sur les écoles publiques (Man.)*) proposaient une interprétation des droits linguistiques « libérale et fondée sur leur objet » (*ibid.* : au para. 15). Bastarache indique que c'est en réponse aux limites imposées aux dispositions linguistiques constitutionnelles par la trilogie de 1986 que les législateurs ont révisé la *Loi sur les langues officielles* et le *Code criminel* à la fin des années 1980. Il cite le Hansard de la Chambre des communes, où le ministre de la Justice annonce : « Je répète qu'un procès devant un juge ou un jury qui comprenne la langue de l'accusé devrait être un droit fondamental et non un privilège »⁸⁸ (*ibid.* : au para. 23). Bastarache en déduit que les tribunaux où sont entendues des causes de droit criminel devraient être bilingues afin d'assurer le respect du « droit absolu à un procès dans la langue officielle de son choix, à condition que la demande soit présentée à temps » (*ibid.* : au para. 31).

⁸⁸ Souligné dans le texte.

Le juge Bastarache s'inspire aussi des avancées du droit international afin d'expliquer la nature positive des droits linguistiques, c'est-à-dire des droits qui « ne peuvent être exercés que si les moyens en sont fournis » (*ibid.* : au para. 20). Il est du « devoir » de l'État canadien de s'assurer que les institutions comme les tribunaux ont les moyens de répondre à leurs obligations, un devoir par ailleurs reconnu par les législateurs dans les nouvelles dispositions de la *Loi sur les langues officielles* de 1988⁸⁹ (*ibid.* : au para. 22). Cette remarque est toutefois *in obiter*⁹⁰, réduisant considérablement son pouvoir jurisprudentiel.

Par ailleurs, puisque l'aptitude de Beaulac de s'exprimer en anglais était au cœur du litige, le juge Bastarache revient sur la question de la langue de l'accusé afin de clarifier la liberté des Canadiens de choisir la langue officielle dans laquelle ils souhaitent que leur procès soit tenu. Selon lui, l'objectif de l'article 530 du *Code criminel* est « d'aider les minorités de langue officielle à préserver leur identité culturelle », et ce choix doit reposer sur les « liens subjectifs » entre l'accusé et la langue qu'il choisit (*ibid.* : 34). D'une part, cela signifie que l'accusé pourrait ne pas choisir sa langue dominante, et que d'autre part, la capacité de l'accusé à s'exprimer dans l'autre langue n'est pas pertinente. Selon le juge Bastarache, « le choix de la langue n'a pas pour but d'étayer la garantie juridique d'un procès équitable, mais de permettre à l'accusé d'obtenir un accès égal à un service public qui répond à son identité linguistique et culturelle » (*ibid.* : au para. 39). Le juge Bastarache établit donc ici que le droit à obtenir un procès dans la langue officielle de son choix est un droit substantiel et non procédural. Cela veut dire que le droit à un procès dans la langue de son choix ne repose pas sur l'équité du procès, mais que c'est un droit dont le rôle est de « protéger les minorités de langue officielle du pays et [d']assurer l'égalité de statut du français et de l'anglais » (*ibid.* : au para. 41). En conséquence, le juge Bastarache annule la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et ordonne un nouveau procès en français pour Beaulac.

⁸⁹ Nous reviendrons sur ces développements législatifs dans la troisième partie du présent chapitre.

⁹⁰ La notion d'*obiter* ou d'*obiter dictum* est un terme de Common Law provenant du Latin, signifiant « en passant ». La partie d'un jugement écrite *in obiter dictum* ne fait pas partie des arguments appuyant directement la décision, arguments juridiquement contraignants en termes jurisprudentiels ; elle sert plutôt d'argumentaire persuasif. Cet argumentaire peut toutefois devenir *ratio decidendi* (la partie contraignante d'un jugement) à condition qu'un arrêt subséquent reprenne cette partie du jugement et en fasse un argument central.

Le juge en chef Lamer et le juge Binnie, pour leur part, ont émis une opinion concurrente à celle du juge Bastarache. Ils se distancient de la décision majoritaire d'élargir la portée de sa décision à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle* de 1982 et à l'article 16 de la *Charte*, car elles n'avaient pas été soumises à la décision de la Cour par l'appelant. Toutefois, ils sont d'accord avec la conclusion de Bastarache au sujet du droit de Beaulac d'obtenir un nouveau procès dans sa langue en vertu du *Code criminel*.

Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard

Cette période se termine de la même façon qu'elle a commencé, c'est-à-dire avec un litige portant sur les droits scolaires de la minorité de langue officielle, cette fois-ci provenant de la province de l'Île-du-Prince-Édouard. Depuis 1982, des parents de la région de Summerside, dans l'ouest de l'Île, ont demandé à répétition à l'unité 2 de leur commission scolaire d'obtenir une classe où l'enseignement aurait lieu à Summerside. Leur demande a été refusée, la commission scolaire proposant plutôt aux parents soit d'envoyer leurs enfants à l'école d'immersion, soit de les envoyer à l'école française du Village Abram. Village Abram se situe à 28 km de Summerside et cette école était gérée par l'unité 5 de la commission scolaire régionale. En 1988, la Cour d'appel de la province rendait sa décision dans un renvoi portant sur la *School Act* de l'Île-du-Prince-Édouard, à l'effet duquel plusieurs sections du texte de loi étaient inconstitutionnelles (*Reference re : School Act* (1988), 49 D.L.R. (4th) 499). Suite à ce renvoi, l'unité 5 de la commission scolaire régionale est devenue chargée de l'enseignement en français dans toute la province (*Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3 : au para. 1).

En 1994, Noëlla Arsenault-Cameron et une autre mère de famille, Madeleine Costa-Petitpas, ont approché la commission scolaire francophone afin que soit établie à Summerside une école primaire pour l'année scolaire suivante, croyant la distance entre Summerside et le Village Abram trop longue pour de jeunes enfants. La commission scolaire a accepté la proposition vu le nombre important de préinscriptions à cette école en janvier 2015, mais le ministère de l'Éducation a refusé de faire suite à cette demande. Ce dernier a aussi rejeté la proposition avancée par la commission scolaire d'offrir l'enseignement en français à Summerside par l'entremise des ressources de l'école du Village Abram. C'est à ce moment que Mmes Arsenault-Cameron et Costa-Petitpas, accompagnées par la Fédération des parents de la province, ont intenté un recours contre le gouvernement de la province pour violation de l'article 23 (*ibid.* : au para. 3).

En première instance, Arsenault-Cameron et coll. ont obtenu gain de cause, alors que la Cour suprême de la province jugeait le nombre d'enfants suffisant pour justifier la création de classes en français à Summerside. Cette décision a été renversée en appel; la Cour d'appel croyait qu'un établissement local d'enseignement ne pourrait dispenser une éducation de qualité égale à celle de la majorité linguistique. Par ailleurs, pour la Cour, « le transport en autobus était assimilable à un établissement d'enseignement et ne constituait pas un obstacle » à l'exercice des droits de l'article 23 (*ibid.* : au para 4). La Cour suprême a accepté d'entendre l'appel de cette décision.

En 1999, la Cour suprême a rendu une décision portant sur une requête de récusation de la part de la province pour crainte de partialité du juge Bastarache. La province demandait à Bastarache de ne pas participer au procès par crainte qu'il ne soit pas en mesure de rendre un jugement équitable, fondé sur la preuve. Cette demande a été rejetée par Bastarache. Selon ce dernier, malgré ses opinions exprimées au sujet des droits linguistiques dans le cours de sa carrière, son impartialité ne pouvait pas être mise en cause. Citant le Conseil canadien de la magistrature, il explique : « La véritable impartialité n'exige pas que le juge n'ait ni sympathie ni opinion. Elle exige que le juge soit libre d'accueillir et d'utiliser différents points de vue en gardant un esprit ouvert » (*Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [1999] 3 R.C.S. 851 : au para. 3). Le juge Bastarache a donc entendu la cause avec ses huit collègues l'année d'ensuite, et a corédigé avec le juge Major les raisons unanimes de la Cour.

Les juges de la Cour suprême ont vu dans ce litige une question à résoudre, soit la détermination du droit de gestion et de contrôle exercé par la commission scolaire de langue française en ce qui a trait à l'emplacement des écoles de la minorité linguistique et du pouvoir discrétionnaire du ministre d'approuver les décisions de la commission à cet égard (*Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3 : au para. 6)

En d'autres mots, l'alinéa 23(3)a) de la *Charte* devait-il nécessairement signifier que, lorsque le nombre d'enfants ayant droit justifie la prestation de l'instruction dans la langue de la minorité, cette instruction devait avoir lieu dans un établissement situé dans la même région que ces enfants? L'instruction pouvait-elle avoir lieu à l'extérieur de cette région si le ministre exerçait son pouvoir discrétionnaire à cet égard?

La Cour suprême, à l'unanimité, a donné raison à Arsenault-Cameron et coll. Le transport des enfants de la région de Summerside vers l'École Évangéline du Village Abram, à 28 km de

Summerside, ne répondait pas aux obligations de la province en vertu de l'article 23, et le ministre de l'Éducation avait commis une erreur en utilisant son pouvoir discrétionnaire afin de renverser la décision de la commission scolaire francophone d'offrir des classes en français à Summerside – d'autant plus qu'il n'y avait pas d'obstacle financier pour la province à suivre la décision de la commission scolaire (*ibid.* : au para. 55). Au contraire, il était du devoir du ministre de respecter les décisions de la commission scolaire, puisque celles-ci respectaient « toutes les exigences provinciales et constitutionnelles » (*ibid.* : au para 61) en la matière. Comme l'expliquent les juges, « [l]orsqu'une commission de la minorité linguistique a été établie en vue de satisfaire à l'art. 23, il revient à la commission, parce qu'elle représente la communauté de la minorité linguistique officielle, de décider ce qui est le plus approprié d'un point de vue culturel et linguistique » (*ibid.* : au para. 42). Les parents de la minorité linguistique et la commission scolaire, qui les représente, sont le mieux à même d'identifier les besoins de la communauté. Leurs décisions devraient être respectées tant qu'elles n'interagissent pas avec « le contenu et les normes qualitatives des programmes d'enseignement » (*ibid.* : au para 53) imposées par la province. La Cour suprême a donc annulé la décision de la Cour d'appel et a rétabli la décision de la Cour de première instance, ordonnant à la province d'accéder à la demande de la commission scolaire de langue française de construire une école primaire homogène de langue française à Summerside.

Nous voyons qu'au sortir de cette deuxième décennie, les droits linguistiques qui ont été sujets à interprétation de la part des juges sont le droit à l'instruction dans la langue officielle de la minorité et le droit à un procès dans la langue officielle de son choix. Les juges ont, dans un premier temps, continué sur leur lancée de la dernière décennie, proposant une lecture libérale de la portée de l'article 23 de la *Charte*, appliquant ces conclusions à la province de l'Alberta en 1990, et au Manitoba en 1993. Le début des années 1990 est aussi témoin d'une continuation de l'arrêt *Mercurie* au sujet du bilinguisme judiciaire, appliquant les conclusions portant sur la Saskatchewan à la province de l'Alberta dans *Paquette*. Les juges feront ensuite une volte-face en 1999 en écartant la jurisprudence en la matière et en offrant une interprétation alternative, plus généreuse, de ce type de droits. Le *Renvoi sur la sécession du Québec* de 1998 se situe dans une classe à part, ne touchant pas de façon explicite les droits linguistiques, mais offrant plutôt aux juges la possibilité de réfléchir sur la constitution canadienne et les principes fondamentaux sur

lesquels elle repose. Certains de ces principes se révéleront d'une pertinence particulière pour les FHQ. Finalement, *Arsenault-Cameron* bâtit non seulement sur les avancées effectuées dans le domaine scolaire au début de la décennie, mais aussi sur l'approche aux droits linguistiques énoncée dans *Beaulac*, « consolidant » cette approche (Doucet, Bastarache et Rioux, 2013 : 73), dont nous discuterons des fondements normatifs dans la prochaine section de ce chapitre.

L'interprétation des droits linguistiques canadiens

La décennie 1990 est caractérisée à la fois par la continuité et le changement par rapport à l'interprétation des droits linguistiques de la décennie précédente. Nous verrons dans ce chapitre que les juges mobilisent plusieurs principes d'interprétation qu'ils puisent dans les traditions étatiques du compromis politique, du fédéralisme, et le principe de la dualité linguistique, déjà présents durant la décennie 1980. Toutefois, nous soulignerons aussi que les juges délaissent leurs représentations ambivalentes des premières années pour converger vers une représentation des droits linguistiques commune les guidant vers une interprétation plus libérale, révisant au passage une partie du contexte interprétatif marquant de la décennie 1980. Deux décisions en particulier, soit *Mahe* et *Beaulac*, se sont avérées déterminantes à cet égard, et constituent des moments de point tournant. Ces décisions insufflent en premier lieu une nouvelle direction à la tradition *du compromis politique*, énoncent ensuite l'objectif culturel des garanties linguistiques *du maintien et de l'épanouissement des langues officielles*, et révisent finalement plusieurs principes d'interprétation à la lumière d'une représentation plus collectiviste des droits linguistiques, comme nous l'expliquerons dans le cours de cette section. L'arrêt *Beaulac* fait par ailleurs preuve d'innovation en énonçant le principe de progression vers l'égalité, principe provenant de l'article 2 de la *LLO* de 1988⁹¹, et en expliquant la signification de l'égalité réelle. Cette dernière sera reprise dans *Arsenault-Cameron*. Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, pour sa part, s'est révélé être « [l]'étude la plus définitive et complète [bien que non exhaustive] des principes non écrits ou structurels » (*Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé*, 2001 CanLII 21164 (ONCA)) de la Constitution canadienne par la Cour suprême du pays. Le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Manitoba)* et l'arrêt

⁹¹ L'alinéa 2b) de la *LLO* indique qu'un des objets de la *LLO* est « d'appuyer le développement des minorités francophones et anglophones et, d'une façon générale, de favoriser, au sein de la société canadienne, la progression vers l'égalité de statut et d'usage du français et de l'anglais ».

Paquette, de leur côté, ne sont pas novateurs sur le plan des principes d'interprétation, reprenant plutôt des principes déjà énoncés ailleurs (les décisions *Mahe* et *Mercurie*, respectivement), et les appliquant à un nouveau contexte provincial. C'est pourquoi nous nous arrêterons sur ces deux décisions de façon plus rapide dans le cadre de cette section. Le tableau 4.4 présente les dispositions constitutionnelles touchées par les décisions de droit linguistique dans le cadre de ce chapitre ainsi que les différents types d'interprétation proposés par les juges dans chaque décision. Le tableau 4.5, pour sa part, rappelle les principes examinés par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Nous effectuerons maintenant l'analyse des principes et des traditions étatiques canadiennes guidant les juges dans chacune des décisions.

Tableau 4.4 L'interprétation des droits linguistiques dans la jurisprudence, 1990-2000

Titre de la décision	Année	Dispositions touchées	Type d'interprétation
<i>Mahe c. Alberta</i>	1990	Art. 23, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> <i>School Act</i> de l'Alberta Art. 17, <i>Loi sur l'Alberta</i>	Principe de réparation Dualité linguistique Portée collective des droits linguistiques Égalité des groupes linguistiques Compromis politique Fédéralisme
<i>R. c. Paquette</i>	1990	Art. 110, <i>Acte des Territoires du Nord-Ouest</i>	Égalité des langues officielles Nature sociale des droits linguistiques Dualité linguistique
<i>Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques au Manitoba</i>	1993	Art. 23, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> <i>Loi sur les écoles publiques</i> du Manitoba	Principe de réparation Dualité linguistique Portée collective des droits linguistiques Égalité des groupes linguistiques Compromis politique Fédéralisme
<i>R. c. Beaulac</i>	1999	Art. 530 et 686, <i>Code criminel</i> Art. 16, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> Art. 133, <i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	Principe de réparation Principe de progression Dualité linguistique Égalité réelle Portée collective des droits linguistiques Compromis politique Fédéralisme (Lamer et Binnie : concurrence sur des questions procédurales, pas sur le type d'interprétation)
<i>Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard</i>	2000	Art. 23, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> <i>School Act</i> de l'Île-du-Prince-Édouard	Principe de réparation Dualité linguistique Portée collective des droits linguistiques Égalité réelle Compromis politique Fédéralisme

Tableau 4.5 L'interprétation de la Constitution canadienne dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec, 1998*

Titre de la décision	Année	Dispositions touchées	Type d'interprétation
<i>Renvoi relatif à la sécession du Québec</i>	1998	<i>Loi constitutionnelle de 1867</i> <i>Statut de Westminster</i> <i>Loi constitutionnelle de 1982</i> <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	Fédéralisme Démocratie Constitutionnalisme et primauté du droit Protection des minorités Compromis politique

Le tableau 4.4 montre que deux des premières décisions de cette décennie ont porté, comme au chapitre précédent, sur l'article 23 de la *Charte*. Nous commencerons donc par traiter ces deux décisions de façon concomitante. Les principes mobilisés par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Mahe*, et repris par le (nouveau) juge en chef Lamer dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques au Manitoba*, révèlent une prise de position cherchant à se distancier de l'approche de retenue ou restrictive établie par le juge Beetz durant la dernière décennie. Ces décisions s'appuient en partie sur les jugements de la décennie 1980 à l'égard du droit à l'instruction dans la langue de la minorité en reprenant certains principes d'interprétations énoncés en 1984 dans les jugements *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Rights* et *Quebec Protestant School Boards*, c'est-à-dire le caractère réparateur de l'article 23 et le fédéralisme. Le juge en chef Dickson clarifie aussi l'objet de l'article 23 : selon lui,

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 Canada⁹² (*Mahe* : 25).

Cet argumentaire présenté par Dickson représente un engagement envers la dualité linguistique (Foucher, 1990b : 10). Comme le soulignent Clarke et Foucher (2005 : 39), sous la plume de Dickson, « [c]'est la dualité linguistique qui s'impose comme étant *le grand objectif général* expliquant l'article 23 »⁹³. C'est aussi de cette façon que nous identifierons ce principe dans notre analyse.

Nous constatons une certaine transformation dans la représentation des juges des droits linguistiques : les principes d'égalité des langues officielles et la nature sociale des droits

⁹² Les italiques sont de nous.

⁹³ En italiques dans le texte.

linguistiques sont révisés afin de mettre en lumière la portée collective de ces droits. Les principes d'interprétation que les juges mobilisent sont : la dualité linguistique, l'égalité des groupes linguistiques et la portée collective des droits linguistiques. Le compromis politique, pour sa part, est mentionné dans ces deux décisions (*Mahe* : 27-28; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques au Manitoba* : 851-582), mais de façon à nuancer sa signification par rapport à la dernière décennie. Passons en revue les éléments de cette transformation.

Dans un premier temps, Dickson réintroduit le lien entre langue et culture en citant la Commission Laurendeau-Dunton :

L'article 23 est une des composantes de la protection constitutionnelle des langues officielles au Canada. Il revêt cependant une importance toute particulière à cet égard en raison du rôle primordial que joue l'instruction dans le maintien et le développement de la vitalité linguistique et culturelle. Cet article constitue en conséquence la clef de voûte de l'engagement du Canada envers le bilinguisme et le biculturalisme (*Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342 : 11).

La notion de bilinguisme était apparue dans des jugements antérieurs, mais la notion de biculturalisme, pour sa part, est nouvelle dans la jurisprudence. Le juge Dickson fait appel à maintes reprises aux rapports finaux de la Commission Laurendeau-Dunton afin d'asseoir sa lecture de l'article 23. Il accorde une place de choix, comme nous l'avons vu plus tôt, au concept de culture afin de justifier une représentation plus généreuse des droits linguistiques. Cet appel répété à la question culturelle découlant, selon Dickson, des langues officielles, lui permet de réintroduire la dualité comme tradition étatique, à la suite de son jugement dissident, de ceux de Wilson, et du jugement de La Forest dans la décennie précédente :

L'objet général de l'art. 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. [...]

Mon allusion à la culture est importante, car il est de fait que toute garantie générale de droits linguistiques, surtout dans le domaine de l'éducation, est indissociable d'une préoccupation à l'égard de la culture véhiculée par la langue en question. Une langue est plus qu'un simple moyen de communication; elle fait partie intégrante de l'identité et de la culture du peuple qui la parle. C'est le moyen par lequel les individus se comprennent eux-mêmes et comprennent le milieu dans lequel ils vivent (*ibid.* : 25).

La notion de culture est en effet primordiale dans cet arrêt. Elle est mobilisée par le juge Dickson afin de souligner lien entre langue et communauté. La langue n'est pas entendue comme un

simple mode d'expression ; « c'est aussi pour un peuple le moyen d'exprimer son identité culturelle »⁹⁴, explique Dickson, citant le jugement *Ford (Mahe : 25)*. La notion de culture permet aussi de comprendre l'importance octroyée aux écoles linguistiquement homogènes pour une communauté minoritaire. L'expérience antérieure des écoles bilingues au Canada avait démontré le pouvoir d'assimilation de la culture et de la langue majoritaires (Power et Foucher, 2004 : 409). Les écoles homogènes, gérées par la minorité, pour leur part,

permettent de contrer les tendances assimilatrices des communautés linguistiques majoritaires. Ces écoles offrent en outre aux enfants de la minorité un enseignement de meilleure qualité, en leur permettant de s'instruire dans la langue qu'ils sont le mieux à même de comprendre, dans un milieu qui leur est familier et dans une culture qui leur est commune (*ibid.* : 408).

Ces écoles sont comparables à des « lieux de rencontre » (*Mahe : 26*) où la communauté peut exprimer non seulement sa langue, mais aussi sa culture. Cette interprétation de l'objet de l'article 23 penche vers une reconnaissance du groupe ou de la collectivité à laquelle ces droits s'appliquent (Richez, 2014 : 41).

Le juge en chef Dickson rappelle ensuite le caractère réparateur de l'article 23. Comme nous l'avons vu au chapitre précédent, l'intention des législateurs dans l'adoption des droits linguistiques contenus dans la *Charte*, selon les tribunaux, était de réparer les torts causés par le passé et de pallier l'insuffisance du système actuel. Le juge en chef Dickson utilise ce principe d'interprétation de l'article 23 afin de nuancer la possibilité d'une interprétation limitée de l'article 23 qui reposerait sur la notion du compromis politique.

Selon Dickson, l'article 23 est un type nouveau de disposition juridique au Canada en ce que son caractère réparateur signifie qu'il tient du droit positif, c'est-à-dire qu'il porte des obligations pour le gouvernement. Il reconnaît également qu'il lui faut faire preuve de prudence lors de son interprétation.

C'est à très juste titre que le juge Beetz invite les tribunaux à la prudence dans l'interprétation de droits linguistiques. L'article 23 illustre parfaitement la raison d'une telle prudence. Cette disposition énonce un nouveau genre de garantie juridique, très différente de celles dont les tribunaux ont traditionnellement traité. [...] 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

⁹⁴ Souligné dans le texte.

d'accorder des réparations, nouvelles peut-être, nécessaires à la réalisation de cet objet⁹⁵ (*Mahe* : 28).

Par « être prudent », Dickson veut sans doute dire, selon le passage cité ci-haut, que les juges, dans l'interprétation qu'ils font de l'article 23, doivent garder à l'esprit les obligations que cette interprétation impose sur les gouvernements des provinces – obligations qui créent, entre autres, des engagements financiers. En l'occurrence, ils doivent faire preuve de prudence afin de ne pas empiéter sur les pouvoirs octroyés aux provinces en matière budgétaire et d'éducation, en vertu de l'arrangement fédéral canadien. Par contre, dans ce même passage, le juge en chef Dickson mitige la force du compromis politique représenté en tant que principe limitant la portée des droits linguistiques en faisant appel au caractère réparateur de l'article 23, qui appelle à une lecture généreuse de l'article 23. Le juge en chef Dickson s'éloigne ici de l'interprétation du compromis politique en tant que tradition contraignant l'étendue des droits de l'article 23, déterminant que ces droits devaient aussi être lus en fonction de leur objet réparateur. Il ne niera pas que les droits linguistiques reposent sur un compromis, mais offre une représentation différente de celle de Beetz au sujet de la signification de ce compromis pour la portée de l'article 23. Comme l'explique Foucher (1990b : 10), « en matière scolaire, l'approche prônée [par le juge Beetz est] abandonnée. La Cour accepte de procéder prudemment, mais rejette l'idée que l'article 23 doive être interprété de façon littérale et restrictive en fonction de cette prudence judiciaire ».

Dickson reconnaît que l'article 23, bien que s'appliquant toujours à des individus (soit les parents de la minorité linguistique officielle), contient des droits ayant une portée collective (*ibid.*). On voit ici la représentation des droits linguistiques par la Cour évoluer par rapport à la décennie précédente. Le principe d'égalité des langues officielles devient, sous la plume du juge en chef Dickson, le principe de l'égalité des groupes linguistiques : « l'art. 23 renferme une notion d'égalité entre les groupes linguistiques des deux langues officielles au Canada » (*Mahe* : 32). La reconnaissance du fait que ces droits ont une fonction collective n'est pas anodine. Les droits collectifs sont une catégorie reconnue dans le droit des minorités à l'échelle internationale, comme nous l'avons vu au premier chapitre. Cette avancée dans le droit canadien permet de faire des minorités de langue officielle au Canada des sujets potentiels d'un droit des minorités. D'ailleurs, le juge en chef Dickson souligne à maintes reprises l'importance des structures

⁹⁵ Nous soulignons.

institutionnelles comme les écoles et les conseils scolaires pour la pérennité et l'épanouissement des communautés, incluant leur langue et leur culture :

Il convient de faire remarquer en outre que les écoles de la minorité servent elles-mêmes de centres communautaires qui peuvent favoriser l'épanouissement de la culture de la minorité linguistique et assurer sa préservation. Ce sont des lieux de rencontre dont les membres de la minorité ont besoin, des locaux où ils peuvent donner expression à leur culture (*ibid.* : 26).

Ces conseils [scolaires] indépendants constituent pour la minorité des institutions qu'elle peut considérer comme les siennes avec tout ce que cela représente en termes de possibilités de travailler dans sa propre langue, de partager une culture, des intérêts et des points de vue communs, et de jouir de la plus grande mesure possible de représentation et de contrôle (*ibid.* : 37).

Le juge en chef Dickson rend explicite les obligations de nature positive contenues dans l'article 23, ce qui signifie une obligation d'agir de la part des gouvernements. Ces derniers peuvent être reconnus coupables d'inaction envers leurs minorités de langue officielle. Toutefois, la lecture que la Cour effectue de la *School Act* albertaine soulève le délicat problème du fédéralisme canadien et de la séparation des pouvoirs qu'il sous-tend. Cette tradition semble signaler au juge en chef qu'il doit faire preuve de prudence et tente, autant que possible, de ne pas empiéter sur la juridiction provinciale en matière d'éducation. C'est pourquoi, bien qu'il reconnaisse que les dispositions de la *School Act* vont à l'encontre de l'article 23, « les tribunaux devraient [selon lui] se garder d'intervenir et d'imposer des normes » en termes de nombre acceptable d'heures d'enseignement en anglais dans les écoles de la minorité francophone et laisser au gouvernement provincial le soin d'« élaborer une solution appropriée aux circonstances » (*Mahe* : 58) à cet égard. Le fédéralisme apparaît comme la raison principale derrière l'attitude de retenue des juges envers un gouvernement provincial qui a de toute évidence « négligé de remplir [son] obligation » (*Mahe* : 59). Comme l'explique autrement Pelletier (1993), la Cour a fait preuve dans *Mahe* de retenue judiciaire, « laissant au législateur la responsabilité ultime de fixer les principales modalités d'attribution de l'instruction en langue française dans la province, se refusant de forcer la main à ce même législateur » (84). Ce sont donc à la fois les traditions du compromis et du fédéralisme qui guident le juge en chef vers une interprétation prudente de la portée de l'article 23. Dickson tente de trouver, justement, un compromis, entre ces traditions et les garanties constitutionnelles énoncées dans la *Charte*. Cette

tension normative permet aux juges de faire avancer la portée des droits linguistiques, mais de façon graduelle et nuancée.

La représentation de l'article 23 avancée par le juge en chef Dickson dans *Mahe* est reprise par le juge en chef Lamer en 1993, dans le cadre du *Renvoi* manitobain (*Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Manitoba)*, [1993] 1 R.C.S. 839 : 841). Le juge en chef Lamer, pour une cour unanime, a rappelé la méthode générale d'interprétation de l'article 23 élaborée dans *Mahe* :

La Cour a précisé que l'objet général de l'art. 23 de la *Charte* est de maintenir les deux langues officielles du Canada et les cultures qu'elles représentent, et de 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. La raison d'être des garanties spécifiques de droits fondés sur la langue dans le domaine de l'éducation lie la préservation d'une culture à l'existence d'écoles pour la minorité linguistique (*ibid.* : 849).

On voit ici que le juge en chef Lamer « suit le sentier » de Dickson par rapport à la représentation de l'article 23, rappelant la notion de dualité linguistique et la portée collective des droits linguistiques dans le rapport entre langue et culture. Le juge en chef rappelle aussi les principes d'interprétation mis de l'avant par son prédécesseur dans *Mahe*, soit le caractère réparateur des droits contenus dans l'article 23, et la tradition du compromis politique qui fait des droits linguistiques des droits « fondamentalement différents des autres droits garantis dans la *Charte* », et devant donc être abordés avec prudence (*ibid.* : 851). Toutefois, comme dans l'arrêt *Mahe*, le juge Lamer poursuit en citant la juge Wilson, rappelant que les droits reposant sur un compromis politique doivent être tout de même interprétés de façon à leur « insuffler la vie » (*ibid.* : 852), c'est-à-dire de façon à ce que les gouvernements respectent leurs obligations positives à l'égard de ces droits. Pour Doucet, bien que la portée du compromis politique en matière de droits linguistiques soit nuancée par cette interprétation, « son effet limitatif demeurerait suspendu, comme l'épée de Damoclès, au-dessus de toute interprétation des droits linguistiques » subséquente (Doucet, 2000 : 4-5). Finalement, le juge en chef Lamer rappelle aussi que le fédéralisme le contraint à éviter une énonciation précise des exigences de l'article 23 dans le contexte manitobain :

Notre Cour devrait se garder de décrire précisément le genre de texte législatif que le gouvernement du Manitoba doit adopter pour satisfaire à ses obligations constitutionnelles. Les gouvernements devraient disposer du pouvoir

discrétionnaire le plus vaste possible dans le choix des moyens institutionnels dont ils useront pour remplir leurs obligations en vertu de l'art. 23 (*ibid.* : 842).

Cette tâche reposera donc entre les mains des responsables de la province en matière d'éducation. Le Renvoi manitobain de 1993, sur le plan des principes d'interprétation mobilisés par les juges et des traditions étatiques qui les guident, reprend donc les principes énoncés par Dickson en 1990 et les applique à un nouveau contexte provincial, soit celui du Manitoba. Le Renvoi manitobain démontre donc, comme *Mahe*, que les juges sont guidés par les traditions du compromis, du fédéralisme, et de la dualité dans leur interprétation du droit linguistique, tout en faisant progresser ce dernier, de façon « prudente ».

On retrouve une situation similaire dans le prochain arrêt de la décennie, soit l'arrêt *Paquette*, qui reprend implicitement les principes d'interprétation énoncés dans *Mercure*, bien que ceux-ci ne soient pas explicitement écrits dans le jugement de deux pages. Comme l'explique le juge en chef Lamer, l'arrêt *Mercure* dispose de la question posée à la Cour en appliquant les conclusions de *Mercure* à la province de l'Alberta (*R. v. Paquette*, [1990] 2 RCS 1103 : 1104). Comme nous le rappelons, dans notre examen du discours du juge La Forest dans la décision *Mercure* au chapitre précédent, nous avons démontré qu'il reprenait des principes et des éléments de la tradition étatique canadienne énoncés dans des jugements antérieurs à 1988 (les principes d'égalité des langues officielles, la nature sociale des droits linguistiques; les traditions de la dualité linguistique et du compromis politique). Il a aussi montré le changement de cap qui a eu lieu de la part de la Cour par rapport à l'interprétation de la signification du compromis présente dans la trilogie de 1986. Le juge La Forest cherchait à reconnaître au lieu d'occulter la participation des minorités linguistiques à ce compromis fondateur, mais restait guidé par la représentation contraignante que Beetz avait énoncée de ce compromis – un effet de dépendance au sentier.

Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, en 1998, se présente dans notre corpus comme un cas d'exception important pour revenir sur le rôle des traditions étatiques dans la compréhension des droits linguistiques. D'ailleurs, bien que le Renvoi ne porte pas sur les droits des FHQ, l'énonciation de la protection des minorités comme principe constitutionnel non écrit dans le cadre du Renvoi aura des répercussions considérables pour l'évolution subséquente du droit linguistique canadien. L'utilisation de principes non écrits dans la jurisprudence et leur statut comme ayant force de loi, c'est-à-dire pouvant interagir avec et limiter des statuts écrits,

était, en 1998, un phénomène nouveau dans le droit canadien (Leclair, 2002). Le Renvoi a fait couler beaucoup d'encre, chez les juristes autant que chez les politologues, et le débat a dépassé les frontières canadiennes. Il est impossible de rendre justice à l'ampleur des discussions qui ont précédé de l'examen du Renvoi en ces lignes, ou encore de discuter de toutes les implications de l'énonciation de ces principes constitutionnels pour la postérité⁹⁶. Il semble, notamment, y avoir une incertitude répandue concernant l'ampleur de leur « force normative »⁹⁷ (*ibid.* : 392). Comme Leclair (*ibid.* : 400) l'explique, « *[i]f law requires certainty, unwritten principles are bound to create problems. Such principles exist in a space virtually unconfined by any textual limit* ». Toutefois, ces principes peuvent gagner en légitimité et leurs limites pourraient se dessiner selon l'usage subséquent qu'en font les tribunaux (Doucet *et al.*, 2013 : 65). Les principes constitutionnels non-écrits auxquels les juges font appel méritent donc un traitement particulier dans le cadre de notre analyse. Leur potentiel pour l'avancement des droits linguistiques ne pourra être actualisé que dans des jugements postérieurs au Renvoi, lorsque la Cour aura recours à ces principes dans le cadre d'une décision de droit linguistique.

L'étude du Renvoi nous servira, d'une part, à clarifier l'interprétation de la Cour des fondements normatifs du fédéralisme, ainsi que sa compréhension du rôle des traditions étatiques canadiennes dans l'évolution du droit. D'autre part, l'énonciation du principe non écrit de protection des minorités mérite une étude approfondie car comme nous le verrons plus tard, ce principe deviendra l'un des nouveaux pivots de l'interprétation des droits linguistiques – une jonction critique dans le cadre de notre étude.

Les juges se représentent le fédéralisme comme une tradition dont l'origine remonte aux négociations en vue d'un accord confédéral entre les colonies britanniques. Au cœur de ces négociations, la question linguistique avait pris une importance non négligeable, selon le récit des éléments du « contexte historique » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec* : au para. 32) rendu par les juges. Un passage en particulier du Renvoi est explicite à cet égard :

La conférence de Québec commence le 10 octobre 1864. Trente-trois délégués (deux de Terre-Neuve, sept du Nouveau-Brunswick, cinq de la Nouvelle-Écosse, sept de l'Île-du-Prince-Édouard et douze de la province du Canada) se réunissent pendant deux semaines et demi. L'examen minutieux de chaque aspect de la structure fédérale domine l'ordre du jour politique. Les délégués approuvent 72 résolutions, touchant presque tout ce qui formera plus tard le texte final de la Loi

⁹⁶ À ce sujet, voir Mellon (2006).

⁹⁷ Traduction personnelle.

constitutionnelle de 1867. Y figurent des garanties visant à protéger la langue et la culture françaises, à la fois directement (en faisant du français une langue officielle au Québec et dans l'ensemble du Canada) et indirectement (en attribuant aux provinces la compétence sur l'éducation et sur « [l]a propriété et les droits civils dans la province »). La protection des minorités est ainsi réaffirmée (*ibid.* : au para. 38).

Comme cette citation l'indique, le fédéralisme n'est pas sans lien avec le principe de protection des minorités, présenté plus en détail plus loin dans le Renvoi. La protection des minorités a été une condition de l'accord fédéral entre le Canada Ouest, le Canada Est, le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse. En effet, pour les juges, le fédéralisme reflète l'intention existant depuis la Confédération de « concilier unité et diversité » au sein d'un même système de gouvernement (*ibid.* : au para. 43).

Or, dans le cadre fédéral, la « reconnaissance juridique de [cette] diversité des premiers membres de la Confédération » est passée par « le partage des pouvoirs entre les provinces et le fédéral » (*ibid.* : au para. 43). Cette idée est rendue explicite aux paragraphes 58 et 59 du Renvoi : « Le principe du fédéralisme est une reconnaissance de la diversité des composantes de la Confédération et de l'autonomie dont les gouvernements provinciaux disposent pour assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence » (*ibid.* : au para. 58). Au paragraphe 59, le Renvoi précise que le fédéralisme « facilite la poursuite d'objectifs par des minorités culturelles ou linguistiques qui constituent la majorité dans une province donnée. C'est le cas au Québec, où la majorité de la population est francophone et qui [*sic*] possède une culture distincte »⁹⁸. Cette représentation du fédéralisme octroie une autonomie aux majorités culturelles des provinces. Or, la présence des FHQ dans des provinces à majorité anglophone démontre que le simple cadre fédéral circonscrit les limites de la reconnaissance de la diversité canadienne et illumine la tension entre l'autonomie des provinces et la protection des minorités. Nous avons d'ailleurs observé cette tension dans plusieurs litiges de droit linguistique jusqu'à maintenant, en particulier eu égard à la mise en œuvre de l'article 23 de la *Charte*. Comme nous l'avons vu, cette tension a amené les juges à établir un dialogue entre la tradition du fédéralisme et les droits linguistiques dans leur interprétation de la portée de ces derniers.

Les juges traitent ensuite directement du principe de la protection des minorités, dont ils avaient déjà brièvement discuté dans la section du Renvoi portant sur le fédéralisme. Le principe

⁹⁸ Nous soulignons.

non écrit de protection de minorités interpelle directement les minorités de langue officielle, ainsi que les minorités religieuses, et notamment leurs droits scolaires respectifs. Pour les juges, ce principe a aussi un ancrage dans l'histoire constitutionnelle canadienne, même s'il était devenu un « souci notoire » des tribunaux canadiens depuis l'adoption de la *Charte*. Comme la Cour explique :

la protection des droits des minorités a connu une longue histoire avant l'adoption de la *Charte*. De fait, la protection des droits des minorités a clairement été un facteur essentiel dans l'élaboration de notre structure constitutionnelle même à l'époque de la Confédération [...]. Même si le passé du Canada en matière de défense des droits des minorités n'est pas irréprochable, cela a toujours été, depuis la Confédération, un but auquel ont aspiré les Canadiens dans un cheminement qui n'a pas été dénué de succès. Le principe de la protection des minorités continue d'influencer l'application et l'interprétation de notre constitution (*ibid.* : au para. 81).

Ce principe a donc motivé à la fois la structure constitutionnelle du pays lors de sa fondation, et l'adoption de la *Charte* par les législateurs plus d'un siècle plus tard. Les juges reconnaissent d'ailleurs que les dispositions visant la protection des droits linguistiques des minorités sont le résultat d'un compromis politique, mais tout comme les jugements de droit linguistique faisant mention de cette tradition depuis le début de la décennie 1990, leur représentation de ce compromis est nuancée afin de réviser son caractère limitatif. Comme l'explique la Cour, « même si ces dispositions sont le résultat de négociations et de compromis politiques, cela ne signifie pas qu'elles ne sont pas fondées sur des principes. Bien au contraire, elles sont le reflet d'un principe plus large lié à la protection des droits des minorités »⁹⁹ (*ibid.* : au para. 80). Le principe de protection des minorités est donc un principe qui vient nourrir la représentation des juges à la fois du compromis politique et du fédéralisme. La tradition étatique du compromis prend son sens dans l'histoire constitutionnelle canadienne où ont eu lieu (et continuent d'avoir lieu aujourd'hui) des négociations entre, d'une part, les compétences autonomes des provinces, et d'autre part, l'énonciation et la mise en œuvre de mesures de protection des minorités au sein du système politique canadien. L'énonciation, dans le cadre du Renvoi, du principe non écrit de protection des minorités, et la filiation qu'il entretient avec la tradition étatique du compromis politique, signale la possibilité d'un changement d'interprétation important pour les interprétations subséquentes des droits linguistiques à la Cour suprême. L'énonciation de ce

⁹⁹ Nous soulignons.

principe par la Cour suprême est une innovation au potentiel prometteur pour la progression des droits linguistiques. Toutefois, à ce stade de l'évolution de la jurisprudence, ce potentiel reste à être exploité.

En somme, le Renvoi de 1998, bien que portant sur la validité constitutionnelle d'une sécession unilatérale du Québec de la fédération canadienne, nous permet de comprendre les représentations des juges du fondement normatif des traditions étatiques canadiennes. Il démontre toute la complexité de la relation entre les traditions étatiques du fédéralisme et du compromis politique avec le principe de la protection des minorités, principe dont découlent les droits linguistiques des FHQ, selon les juges. Cette relation complexe explique que les avancées que les juges ont pu insuffler aux droits linguistiques ont été faites de façon graduelle et nuancée. Ces avancées reposent sur les tensions existant entre les droits linguistiques et les traditions qui sous-tendent la Constitution canadienne, guidant les juges. Le potentiel d'avancement des droits linguistiques par la mobilisation du principe constitutionnel non écrit de protection des minorités, pour sa part, reste à ce point-ci inconnu.

La décision *Beaulac*, un an après le Renvoi, s'est inscrite dans la tendance, depuis l'arrêt *Mahe*, à réviser les principes d'interprétation des droits linguistiques dans une optique plus libérale, en s'appliquant cette fois au domaine du bilinguisme judiciaire. Cette décision rédigée par le juge Bastarache pour la majorité cherche à écarter complètement la représentation du juge Beetz des droits linguistiques en matière de justice énoncée en 1986. Le juge Bastarache effectue d'abord un survol de la jurisprudence de droit linguistique à la Cour suprême afin de montrer comment les « messages contradictoires » (*R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768 : au para. 21) de la Cour au sujet des droits linguistiques durant la décennie 1980 avaient été récemment supplantés par une approche fondée sur l'objet des droits linguistiques. Cette approche repose sur le caractère réparateur des droits linguistiques et la dualité linguistique visant l'épanouissement et la préservation de la minorité de langue officielle (*ibid.* : au para. 19), telle qu'énoncée entre autres dans *Mahe* et dans le Renvoi manitobain de 1993. Bastarache retient ensuite des textes de lois en matière linguistique mobilisés dans le cadre de cette cause, comme la *Loi sur les langues officielles* de 1988 et l'article 540.1 du *Code criminel*, l'importance du principe de la progression des droits linguistiques, retrouvé à l'article 2 de la *LLO*. Ce principe avait été énoncé par la juge Wilson dans sa dissidence dans *Société des Acadiens*, en 1986, mais n'avait pas refait surface depuis lors. Cette progression doit, selon Bastarache, viser l'égalité des deux langues officielles

du pays, selon l'article 16 de la *Charte*. Il précise ensuite la teneur de cette égalité, qu'il appelle l'égalité réelle. Il s'explique : « 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 du Canada » (*ibid.* : au para. 22). Le principe directeur de l'égalité des langues officielles en matière de services juridiques (*ibid.* : au para. 39) se voit ici octroyé une dimension plus substantielle par le juge Bastarache grâce à la notion d'égalité réelle. Il fait d'une pierre deux coups, expliquant que le principe d'égalité réelle signifie que la qualité des services judiciaires doit être la même dans l'une ou l'autre des langues officielles, et rappelant aussi que les droits linguistiques sont désormais conçus par la Cour comme étant des droits ayant une portée collective.

Le juge Bastarache examine ensuite la tradition du compromis politique, qui a guidé l'interprétation des juges en matière de bilinguisme judiciaire dans la décennie précédente. Il va plus loin que ses collègues dans les arrêts *Mahe* et *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Manitoba)*, qui indiquaient que le fait que les droits linguistiques reposent sur un compromis signifiaient que ces droits devaient être interprétés avec prudence, tout en permettant d'insuffler la vie à ces droits. Bastarache, pour sa part, remet en question la nature « restrictive » du compromis comme l'énonçait le juge Beetz en 1986 ainsi que l'invitation à la prudence que proposaient Dickson et Lamer, en 1990 et 1993, respectivement. Il vaut la peine de citer le juge Bastarache au long ici :

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. [...]

Dans la mesure où l'arrêt *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick* [...] préconise une interprétation restrictive de droits linguistiques, il doit être écarté. La crainte qu'une interprétation libérale des droits linguistiques fera que les provinces seront moins disposées à prendre part à l'expansion géographique de ces droits est incompatible avec la nécessité d'interpréter les droits linguistiques comme un outil essentiel au maintien et à la protection des collectivités de langue officielle là où ils s'appliquent (*ibid.* : aux paras. 24-25).

Le juge Bastarache écarte pour de bon la représentation contraignante de la tradition étatique du compromis politique sur la portée du droit linguistique. Il rappelle d'ailleurs ici le lien, mis en évidence par les juges dans le *Renvoi* de 1998, entre la tradition normative du compromis et la

tradition institutionnelle du fédéralisme, en mentionnant la participation des provinces à l'application et la mise en œuvre des droits linguistiques.

Cet arrêt de la Cour suprême en matière linguistique est donc remarquable car non seulement il bâtit sur la jurisprudence proposant une interprétation libérale des droits linguistiques, il renverse aussi la décision *Société des Acadiens* de la décennie précédente, qui énonçait les droits linguistiques en tant que droits reposant sur un compromis politique limitant ces droits. L'arrêt étoffe aussi la signification de la notion d'égalité des langues officielles et énonçant le principe d'égalité réelle et l'obligation de progression vers cette égalité. Comme le souligne Doucet (2000 : 5-6), en vertu d'une disposition écrite comme l'arrêt *Beaulac*, Bastarache ne laisse plus aucun doute planer sur la possibilité d'interpréter le droit linguistique pour « **donner naissance à des obligations juridiques substantielles** qui fixent des limites importantes à l'action ou même à l'inaction gouvernementale »¹⁰⁰.

La décision *Arsenault-Cameron* est vue, sur le plan des principes d'interprétation, comme « la consolidation de l'arrêt *Beaulac* » (Doucet, Bastarache et Rioux, 2013 : 73). Examinons comment les principes guidant les juges dans *Beaulac* ont pris forme dans le domaine de l'éducation.

Les juges énoncent en premier lieu quelques principes les plaçant en continuité avec la jurisprudence antérieure en matière scolaire. Ils rappellent que « les droits linguistiques doivent dans tous les cas être interprétés en fonction de leur objet »¹⁰¹ (*Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard* : au para. 27), signalant la dualité linguistique (*ibid.*) et le caractère réparateur de l'article 23, visant à remédier « à l'érosion historique progressive des groupes de langue officielle » (*Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard* : au para. 26). Ils soulignent aussi la portée collective de l'article 23, en jugeant que le ministre de l'Éducation avait « restrei[nt] le droit collectif des parents des enfants d'âge scolaire »¹⁰² (*ibid.* : au para. 29).

Les juges créent ensuite une avancée en matière scolaire par rapport à *Mahe* et au Renvoi manitobain de 1993 en reprenant quelques principes d'interprétation énoncés dans *Beaulac*. Ils rappellent que « le fait que les droits linguistiques constitutionnels découlent d'un compromis politique n'est pas une caractéristique attachée uniquement à ces droits et ce fait n'a aucune incidence sur leur portée » (*ibid.* : au para. 27). En matière scolaire, il ne sera désormais plus

¹⁰⁰ En gras dans le texte.

¹⁰¹ Souligné dans le texte.

¹⁰² Nous soulignons.

possible de faire appel au compromis politique dans le dessein de limiter la portée des droits linguistiques ou pour indiquer qu'il faut les approcher de façon prudente. Les juges font aussi appel à la notion d'égalité réelle, étoffant le principe d'égalité des groupes linguistiques officiels. L'égalité réelle aura une portée d'envergure dans le domaine scolaire : « L'article 23 repose sur la prémisse que l'égalité réelle exige que les minorités soient traitées différemment, si nécessaire, suivant leur situation et leurs besoins particuliers, afin de leur assurer un niveau d'éducation équivalent à celui de la majorité de langue officielle » (*ibid.* : au para. 31). Cette prémisse aura l'effet de réitérer l'importance, envisagée dans l'arrêt *Mahe* et dans le Renvoi manitobain mais jamais de façon aussi explicite, de traiter de l'application de l'article 23 en faisant du « cas par cas » (*ibid.* : au para. 44), en prenant en compte le contexte particulier de chaque communauté.

Toutefois, les juges continuent d'interpréter l'article 23 à la lumière de la tradition étatique du fédéralisme. À cet égard, *Arsenault-Cameron* constitue une avancée importante pour les FHQ. Les juges maintiennent, comme ils l'ont fait par le passé, que « le gouvernement devrait disposer du pouvoir discrétionnaire le plus vaste possible dans le choix des moyens institutionnels dont il usera pour remplir ses obligations en vertu de l'art. 23 » (*ibid.* : au para. 52). Ce pouvoir toucherait notamment le contenu et les standards des programmes d'éducation, « tant qu'ils n'affectent pas de façon négative les préoccupations linguistiques et culturelles légitimes de la minorité » (*ibid.* : au para. 53) De plus, la Cour énonce explicitement, pour la première fois, que les pouvoirs ministériels en matière d'éducation doivent être restreints « par le caractère réparateur de l'art. 23, les besoins particuliers de la communauté linguistique minoritaire et le droit exclusif des représentants de la minorité de gérer l'enseignement et les établissements d'enseignement de la minorité » (*ibid.* : au para. 44). Ils continuent plus loin :

Ce pouvoir discrétionnaire [celui du ministre] est toutefois assujéti à l'obligation positive du gouvernement de changer ou de créer d'« importantes structures institutionnelles » afin d'assurer la prestation de l'enseignement dans la langue de la minorité et le contrôle parental suivant l'échelle justifiée par le nombre pertinent d'enfants de la minorité (*ibid.* : au para. 52).

Cette avancée dans l'interprétation du fédéralisme vise directement le pouvoir de gestion et de contrôle des FHQ en matière scolaire. Les juges décident qu'il est du ressort de la commission scolaire francophone de déterminer quel est le nombre suffisant d'enfants pour justifier la création d'une nouvelle école française (*ibid.* : au para. 39). De plus, la commission se voit officiellement octroyer le rôle de représentant de la communauté devant la province :

« Lorsqu'une commission de la minorité linguistique a été établie en vue de satisfaire à l'art. 23, il revient à la commission, parce qu'elle représente la communauté de la minorité linguistique officielle, de décider ce qui est le plus approprié d'un point de vue culturel et linguistique »¹⁰³ (*ibid.* : au para. 43). Les juges poursuivent ici le travail de réinterprétation de la tradition étatique du fédéralisme à la lumière des nouvelles avancées dans le droit linguistique, notamment insufflées par le Renvoi de 1998 et par *Beaulac*.

En somme, sur le plan des principes interprétatifs, l'arrêt *Arsenault-Cameron* se situe à la fois en continuité et en décalage avec les décisions l'ayant précédée en matière de droits linguistiques scolaires. Elle transpose à ce domaine des éléments importants à la base de la nouvelle approche interprétative libérale et généreuse préconisée par le juge Bastarache dans le domaine judiciaire, introduite dans *Beaulac*.

Pour conclure notre présentation des éléments d'interprétation proposés par les juges dans les décisions de cette décennie, effectuons d'abord une comparaison rapide avec la décennie 1980. Nous avons montré, au dernier chapitre, que la Cour suprême a opéré une distinction entre deux représentations des droits linguistiques, ayant pour conséquence l'existence de deux types d'interprétation : une interprétation libérale envers les droits à l'instruction dans la langue de la minorité et le bilinguisme législatif et parlementaire, d'une part, et une interprétation restreinte dans le domaine du bilinguisme judiciaire, d'autre part. Dans le cadre du chapitre en cours, nous avons vu que cette division s'estompe dans la décennie 1990, alors que les juges penchent nettement vers une interprétation générale des droits linguistiques plus libérale et généreuse, peu importe le domaine. Les juges font preuve à la fois de continuité et d'innovation graduelle dans la mobilisation des principes d'interprétation et des traditions étatiques par rapport à la décennie précédente. Certains principes énoncés durant la décennie 1980, comme la nature sociale des droits linguistiques et l'égalité des langues officielles, ont été réinterprétés comme des principes cherchant à reconnaître la fonction ou la portée collective des droits linguistiques, l'importance du maintien et de l'épanouissement des langues et des cultures minoritaires, l'égalité des groupes linguistiques, et depuis 1999, l'égalité dite « réelle » et la progression vers cette égalité.

¹⁰³ Nous soulignons.

Certes, les principes de réparation et les références aux traditions de la dualité linguistique, du fédéralisme et du compromis politique sont repris de la décennie précédente. Toutefois, les juges effectuent un travail de réinterprétation de ces traditions, comme nous l'avons démontré. D'un côté, la tradition du compromis passe d'une notion commandant une interprétation limitée des droits linguistiques, à une notion appelant à la prudence, mais permettant tout de même aux juges « d'insuffler la vie » (*Mahe* : 28) aux droits linguistiques, et finalement, à une notion qu'on lira à la lumière du principe constitutionnel non-écrit de protection des minorités dans le Renvoi de 1998 pour neutraliser complètement sa portée contraignante. On dira finalement, à partir de *Beaulac*, que cette tradition ne pourrait plus avoir d'incidence sur l'interprétation des droits linguistiques. Il s'agit d'une évolution graduelle, mais importante, amorcée par la Cour suprême et qui mènera à la reconnaissance du caractère positif des droits linguistiques, entraînant des obligations d'intervention de la part des gouvernements (Doucet, 2000 : 7). De l'autre côté, les juges poursuivent le dialogue entre la tradition du fédéralisme et la portée des droits linguistiques en matière scolaire, clarifiant les devoirs et obligations des gouvernements provinciaux à l'égard de leurs minorités de langue officielle dans ce domaine. Ce chapitre se clôt sur une décision où, comme nous l'avons vu, les juges effectuent un travail de resserrement des pouvoirs discrétionnaires du ministère de l'Éducation, au profit du pouvoir de gestion et de contrôle de la communauté linguistique en situation minoritaire, d'une reconnaissance explicite de leurs propres institutions (en l'occurrence, le conseil scolaire francophone) en tant que représentants de la communauté, et du devoir des gouvernements de consulter ces représentants dans la prise de décision.

Finalement, le principe constitutionnel non écrit de la protection des minorités a « fait irruption dans [la] réalité juridique [des FHQ] » (Foucher, 2008a : 466) par l'entremise du Renvoi de 1998. « L'argument n'ayant pas été présenté par des juristes représentant les minorités linguistiques, sa reconnaissance par la Cour survient comme une ouverture inespérée. L'heure était à l'optimisme prudent » (*ibid.* : 467). Ce principe avait un potentiel prometteur pour l'évolution des droits linguistiques, mais à ce stade-ci, ce potentiel restait suspendu, les juges n'ayant pas encore mobilisé ce principe dans la jurisprudence.

Certains chercheurs diront des trois dernières décisions de cette période (le Renvoi québécois, *Beaulac* et *Arsenault-Cameron*) qu'elles constituent en quelque sorte une « nouvelle trilogie » des droits linguistiques. Cette seconde trilogie viendra remplacer « l'approche

restrictive préconisée dans la trilogie du compromis de 1986 » (Doucet, 2000 ; Doucet, Bastarache et Rioux, 2013) par

une démarche selon laquelle les droits linguistiques doivent recevoir des tribunaux, dans tous les cas, une interprétation large et généreuse en fonction de leur objet et de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada (*ibid.* : 70).

De plus, cette nouvelle trilogie ratisse plus large que la première, en incluant deux grands domaines de droit linguistique touchés par la jurisprudence jusqu'à maintenant, soit d'une part en matière judiciaire avec *Beaulac*, et d'autre part en matière scolaire avec *Arsenault-Cameron*. Pour nous, ces trois décisions représentent autant de points tournants signalant l'avènement d'un nouveau paradigme des droits linguistiques. Ce paradigme aura une incidence certaine sur la possibilité d'autonomie pour les FHQ. Nous poursuivrons notre analyse à cet égard dans la dernière section de ce chapitre.

L'interprétation des droits linguistiques au regard d'une norme d'autonomie pour les francophones hors Québec : 1990-2000

Selon Normand (2012), les communautés francophones hors Québec ont été touchées de près par les « agitations constitutionnelles » de la fin de la décennie 1980 et des années 1990. Parmi ces éléments d'« agitation constitutionnelle », mentionnons, en particulier,

les discussions sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec ainsi que sur le renouvellement de la Fédération canadienne [qui] ont dominé le débat sur la question linguistique, marqué la vie des communautés minoritaires, et déterminé, dans une large mesure, l'action que mènent les associations sur la scène nationale (Commissariat aux langues officielles, dans : Normand, 2012 : 50).

Les négociations en vue de l'Accord du lac Meech avaient comme but avoué de « ramener le Québec dans la famille canadienne » (McRoberts, 1999 : 273). L'Accord visait principalement à reconnaître le Québec comme « société distincte »¹⁰⁴. La SAANB, pour sa part, souhaitait une bonification de la clause reconnaissant le Québec comme société distincte afin de reconnaître du même coup la société acadienne, dans la forme de l'inscription dans la constitution de la *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick* –

¹⁰⁴ Pour une discussion plus approfondie des contradictions entre la reconnaissance du Québec en tant que société distincte et la protection de la dualité linguistique du Canada dans l'Accord du lac Meech, nous invitons le lecteur à consulter Woehrling (1988).

communément appelée Loi 88 (Doucet, 1995 : 145, 151). Toutefois, il n'en fut rien, comme on le sait aujourd'hui, car l'Accord ne fut jamais ratifié. Le projet d'enchâssement de la Loi 88, pour sa part, a poursuivi son chemin sans l'Accord. Nous y reviendrons. La FFHQ, de son côté, avait « résolu d'appuyer inconditionnellement l'Accord du lac Meech » malgré certaines réserves (FFHQ dans : Normand, 2012 : 51), notamment l'espoir de retrouver dans le texte de l'Accord une spécification explicite de l'article 23 de la *Charte* comme signifiant le droit de gestion d'institutions séparées (Behiels, 2004 : 165).

En outre, le texte de l'Accord reconnaît la dualité linguistique comme une « caractéristique fondamentale du Canada » que doivent protéger les législatures provinciales et fédérale (Bastarache, 1989 : 120). Cette modification constitutionnelle proposée dans l'Accord du lac Meech aurait eu, selon Bastarache dans un texte qu'il a écrit sur l'impact potentiel de Meech sur les FHQ (*ibid.* : 128-129), un effet positif pour leur action judiciaire. Elle favorise une interprétation libérale des dispositions linguistiques de la *Charte*, notamment les article 20 et 23, et permet de « minimiser les effets des attaques possibles contre les lois fédérales et provinciales favorisant les services en français, attaques qui seraient fondées sur l'article 15 » (*ibid.* : 128).

De façon concomitante aux négociations du lac Meech, le gouvernement fédéral avait entrepris la première révision de la *Loi sur les langues officielles (LLO)* fédérale, notamment afin de répondre aux exigences de la *Charte* :

Le paragraphe 16(3) de la *Charte*, qui confirme le principe de la progression vers l'égalité de statut des langues officielles par la voie législative, invitait [...] les législateurs à faire preuve de générosité pour compléter le cadre constitutionnel par l'adoption d'autre [*sic*] droits linguistiques que ceux qu'impose la Constitution (Tremblay, 2011 : 77).

La *LLO* de 1988 constitue une réponse à cette ouverture vers le principe de progression, que la FFHQ préférerait à la notion de « protection », jugée trop statique (FFHQ dans : Normand, 2012 : 51). Le projet de loi était aussi vu comme une initiative du gouvernement fédéral afin de répondre aux critiques des communautés minoritaires de langues officielles envers l'Accord du lac Meech (*ibid.* : 53). Le juge Bastarache, pour sa part, a vu dans le projet de loi une volonté de la part du législateur de rajuster le tir à la lumière des décisions de la Cour suprême de 1986 concernant le droit pour les justiciables d'être entendus par les juges dans la langue officielle de leur choix (*Beaulac* : au para. 22). Or, pour les fins de notre étude, certaines révisions effectuées à la *LLO*

décupleront l'importance de ce texte de loi en ouvrant la porte à la possibilité de litiges devant les tribunaux, dont *Beaulac* sera le premier. Passons donc ces amendements en revue.

Premièrement, l'article 2 de la *LLO* fut révisé afin de refléter le paragraphe 16(1) de la *Charte* portant sur l'égalité de statut des deux langues officielles et formulait l'objectif « d'appuyer le développement des minorités francophones et anglophones et [...] de favoriser, au sein de la société canadienne, la progression vers l'égalité de statut et d'usage du français et de l'anglais » (*LLO* 1988 : article 2*b*). Les législateurs ont aussi revu certaines sections de la *LLO* jugées problématiques ou insuffisantes. Notamment, la deuxième mouture de la *Loi* prévoyait la traduction simultanée des travaux parlementaires et la traduction du Hansard dans les deux langues officielles. Elle rendait obligatoire le bilinguisme des documents déposés au Parlement par toute institution fédérale, et émettait des obligations linguistiques lors de la ratification de traités bilatéraux entre le fédéral et certaines provinces (Tremblay, 2011 : 78). Finalement, dans le domaine de la justice, le législateur assura, en accord avec la *Charte*, que les individus comparaisant en justice au niveau fédéral auraient droit à un procès dans la langue de leur choix, que la Couronne « utilisera la langue du justiciable dans ses actes de procédure et ses plaidoiries » (*ibid.*), que les actes seront disponibles dans les deux langues officielles, et que les justiciables comparaitront devant des juges qui les comprendront sans avoir recours à la traduction simultanée (*LLO* 1988 : articles 18 à 20). La nouvelle Partie VII de la *Loi*, concernant la promotion du français et de l'anglais, engageait le gouvernement fédéral « à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada et à appuyer leur développement, ainsi qu'à promouvoir la pleine reconnaissance et l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne » (*LLO* 1988 : article 41(1)). Finalement, on a ajouté à la *LLO* la Partie X, qui rend la majorité des articles de la *Loi* désormais justiciables. L'ajout de la Partie X à la *LLO* est d'une importance de premier ordre pour notre propos car dès son adoption, il deviendra possible pour les minorités de langue officielle de se présenter devant les tribunaux afin d'obtenir réparation pour violation des articles de la *Loi* qui y sont énumérés. Toutefois, la Partie VII ne faisait pas partie des sections touchées la Partie X de la *Loi*, à ce stade de son évolution. Selon le Secrétaire d'État à l'époque, David Crombie, il « est important de comprendre que la langue dont on parle dans la Partie VII est la langue d'encouragement. Ce n'est pas la langue de commande » (Crombie dans : Faucher, 2008 : 529). Cette lacune vaudra au

gouvernement les critiques de la FFHQ et du député franco-ontarien Jean-Robert Gauthier, pour qui la Partie VII devait être incluse dans le droit de recours judiciaire¹⁰⁵.

En 1991, Brian Mulroney relance le débat constitutionnel en amorçant les négociations de l'Accord de Charlottetown, révisant le statut de société distincte pour le Québec, et incluant certaines des revendications de la part des peuples autochtones (McRoberts, 1999 : 279). Les « communautés minoritaires de langue officielle », ainsi que l'aspect collectif et culturel de la langue, sont explicitement reconnues dans ce document, auquel la FCFA¹⁰⁶ donne aussi son appui (Normand, 2012 : 53). Une entente de principe est conclue entre les provinces, incluant le Québec, en août 1992, mais celle-ci sera rejetée par la population canadienne par voie référendaire en octobre (McRoberts, 1999 : 288-289). Mulroney quitta rapidement la scène politique suite à ce second échec et les Progressistes-Conservateurs seront remplacés par les Libéraux de Jean Chrétien en 1993.

Au Nouveau-Brunswick toutefois, l'Accord de Charlottetown avait obtenu une majorité des voix lors du référendum populaire. Ce résultat fut utilisé comme un levier par le gouvernement de la province afin de poursuivre les procédures visant l'amendement bilatéral visant à enchâsser la Loi 88, *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles du Nouveau-Brunswick* de son titre long, dans la *Charte*, article 16.1. Ce fut chose faite en avril 1993 (Migneault, 2009 : 230). L'enchâssement de cette loi était important puisqu'il engageait le gouvernement du Nouveau-Brunswick à aller au-delà de ses obligations en matière de langues officielles retrouvées dans la *LLO* provinciale, en faisant des *communautés linguistiques officielles* les récipiendaires de droits et en constitutionnalisant l'obligation pour le gouvernement de les traiter sur un pied d'égalité. Foucher observe que « [l']autonomie acadienne est partiellement reconnue à l'article 16.1 de la *Charte* », mais que « cette autonomie s'arrête aux institutions culturelles et éducatives, possiblement aussi administratives, mais non aux institutions gouvernementales ou politiques » (Foucher, 2010-2011 : 53).

Pendant ce temps, au Québec, l'échec des deux accords constitutionnels avait propulsé l'appui à la souveraineté à son paroxysme. L'élection du gouvernement péquiste de Jacques Parizeau à la tête de la province en 1994 et le référendum sur la souveraineté-association de 1995,

¹⁰⁵ Elle le deviendra éventuellement en 2005, suite à l'adoption du projet de loi S-3 déposé par M. Gauthier, alors devenu sénateur. Nous y reviendrons au Chapitre 6.

¹⁰⁶ La FFHQ s'est renommée FCFA (Fédération des communautés francophones et acadienne) en 1991.

où le camp du « non » l'a emporté de peu, ont aussi eu un impact sur les FHQ. Aux lendemains du résultat référendaire, le gouvernement canadien, cherchant semblablement à panser les plaies d'une unité nationale meurtrie, s'est lancé dans une campagne de promotion du pays où les communautés francophones en situation minoritaire ont été appelées à jouer un grand rôle. En contrepartie, le gouvernement fédéral se serait montré plus à l'écoute de leurs doléances (Normand, 2012 : 73).

Dans les autres provinces d'où proviennent les litiges étudiés durant cette décennie, soit l'Alberta, le Manitoba, et l'Île-du-Prince-Édouard, les francophones se retrouvent devant les tribunaux suite à des pourparlers avec les gouvernements provinciaux entamés depuis la décennie précédente – gouvernements devenus nerveux à l'idée de négocier des droits linguistiques provinciaux par les tractations constitutionnelles avortées de Meech et de Charlottetown (Behiels, 2004 : 188). Les revendications visant la mise en application de l'article 23 de la *Charte* et plus largement, comme nous l'avons vu au chapitre précédent, les droits linguistiques des minorités francophones, étaient souvent mal reçus de la part des majorités anglophones. Dans le cas de l'Alberta, la décision *Mahe* est le fruit du travail de quelques parents francophones qui ont eu non seulement à lutter contre leur gouvernement provincial pour le respect de leurs droits, mais aussi à convaincre une partie de la population francophone sceptique du bien-fondé de leur démarche, incluant leur organisme porte-parole, l'Association canadienne-française de l'Alberta (Behiels, 2004 : 139). Pour ce qui est du Manitoba, le *Renvoi* de 1993 n'était que le plus récent épisode d'une longue série de tractations entre le gouvernement et la communauté francophone de cette province (Pelletier, 1993). À l'Île-du-Prince-Édouard, l'arrêt *Arsenault-Cameron* représente aussi le dernier épisode d'une saga juridique dont l'origine remonte aux années 1980. Examinons plus en profondeur la situation dans chacune de ces provinces.

En Alberta, le rapatriement de la constitution et *a fortiori* la *Charte* avaient été accueillis plutôt froidement par la population majoritaire de la province, ainsi que par le gouvernement.

Premier Peter Lougheed's Conservative government was determined to limit the Charter's impact on Alberta's populist, conservative political culture, which was characterized by deference and virtually single-party rule. In the course of protracted negotiations over s. 23 minority language education rights, Lougheed was convinced by Prime Minister Pierre Trudeau that the section would not undermine the province's exclusive jurisdiction over education. He grudgingly signed on, but both he and his successor, Don Getty, made every effort to see to it that provincial autonomy prevailed over official language minority rights (Behiels, 2004: 139-140).

C'est ce gouvernement refusant catégoriquement de déléguer quelconque pouvoir de gestion à la minorité francophone dans le domaine de l'éducation, tenant farouchement, comme l'explique Behiels ci-haut, à son autonomie, qui allait en 1990 devoir se soumettre à la décision de la Cour suprême. Les leaders de la communauté francophone, pour leur part, n'étaient pas certains d'avoir l'appui d'une majorité de leur propre population dans une quête éventuelle d'autonomie dans le domaine de l'éducation et ne se sont pas joints dès les débuts à la lutte de l'Association Bugnet. Cette association a d'ailleurs été formellement créée en 1982 en partie parce que le groupe de parents l'ayant formée (avec Paul Dubé, Angéline Martel, et Jean-Claude Mahé à leur tête) était exaspéré de l'inaction de l'Association canadienne-française de l'Alberta (ACFA) à l'égard de la mise en œuvre des droits de l'article 23 de la *Charte* dans la province. L'ACFA, au début des années 1980, préférait encore militer pour un plus grand accès à des écoles bilingues, « ne croya[n]t pas aux écoles francophones et encore moins à l'importance de leur gestion » (Mahé dans : Behiels, 1989 : 144). L'ACFA explique sa position : « il y a la réticence de certains parents francophones à appuyer la création d'une école française de crainte qu'une telle action engendrerait de l'animosité raciale ou du moins créerait de la division dans la communauté » (ACFA, 1989 : 127). Pour certains membres de la communauté franco-albertaine, l'idée de créer des écoles homogènes sur une base linguistique ne serait rien de moins qu'un « acte de séparation » (*ibid.*) qui leur vaudrait certainement des représailles de la part de la majorité. Plusieurs parents francophones craignaient d'ailleurs que leurs enfants n'apprennent pas l'anglais correctement à l'école française, réduisant leurs chances de promotion socioéconomique, et préféraient donc l'option des écoles d'immersion – des écoles au sein desquelles ils n'avaient aucun droit de gestion et qui étaient des foyers d'assimilation pour les francophones (Behiels, 2004 : 141). Finalement, la question de la dénomination religieuse des écoles francophones divisait aussi la population franco-albertaine, contribuant aux hésitations de l'ACFA à l'égard des revendications de Mahé *et al.* : « *The ACFA was torn between Catholic Franco-Albertan parents who wanted to maintain the existing system of separate schools with their range of French-language programs and secular, middle-class parents who were determined to get a public Franco-Albertan system* » (*ibid.* : 145). Ces considérations sociales, socioéconomiques et religieuses avaient comme résultat une très faible participation des francophones aux écoles françaises existantes. En 1988, on trouvait « à peine deux mille élèves (soit 10% environ de la population scolaire francophone éligible en vertu de l'article 23 de la

Charte) inscrits dans des programmes d'enseignement en français langue première, dispensés presque uniquement au niveau élémentaire » (ACFA, 1989 : 51).

L'Association Bugnet, appuyée par *Canadian Parents for French*, a dû intervenir dans un premier temps à la fois envers l'ACFA, le ministère de l'Éducation, et le Conseil scolaire catholique d'Edmonton pour revendiquer une école francophone homogène dans cette région. Ces efforts de persuasion sont restés vains. En 1983, exaspérés du manque de transparence du gouvernement provincial et des tergiversations de la part de l'ACFA (Behiels, 2004 : 153), les parents à la tête du groupe Bugnet ont décidé de se présenter en Cour, soutenus par le Programme de contestation judiciaire. C'est finalement le jugement de la Cour du banc de la Reine rendu en 1985, légitimant en partie les revendications du groupe Bugnet, suite à un procès où l'ACFA avait refusé d'être codemanderesse mais avait été acceptée par le juge en tant qu'*amicus curiae*, que l'ACFA et les autres leaders communautaires franco-albertains se sont ralliés à leur cause (*ibid.* : 144). Notamment, l'ACFA interviendra devant la Cour d'appel de l'Alberta en faveur des appelants.

Suite à ce premier jugement, l'ACFA et l'Association Bugnet ont concerté leurs efforts afin de rallier la population franco-albertaine à la cause de l'acquisition de la gestion scolaire. L'ACFA a aussi mis sur pied la Fédération de comités de parents francophones en Alberta et a mandaté le professeur Lionel Desjarlais de produire une étude approfondie sur la question, étude qui sera publiée en 1989 et qui regroupait à la fois des données statistiques et analytiques sur la possibilité et les effets d'une gestion scolaire autonome. L'Association Bugnet reçut cette étude comme une douche froide, alors que Desjarlais proposait de laisser tomber les revendications pour l'obtention d'un conseil scolaire autonome à Edmonton (ACFA, 1989 ; Behiels, 2004 : 163). En 1989, la décision de la Cour suprême d'accorder à l'Association Bugnet l'autorisation d'appeler la décision de la Cour d'appel de l'Alberta est tombée en plein cœur des débats autour de l'Accord constitutionnel de 1987, dont la date de ratification arrivait à échéance à grands pas. Cette conjoncture a non seulement attiré à la cause *Mahe* une grande attention médiatique partout au Canada, elle a aussi politisé la cause à outrance (Behiels, 2004 : 165). La province de Québec interviendra notamment en faveur de l'Alberta, soutenant une position refusant la reconnaissance d'un droit à la gestion des écoles de la minorité et soutenant une position ferme en faveur de l'autonomie juridictionnelle des provinces en matière d'éducation (*ibid.* : 169). Les juges de la Cour suprême ont donc dû trouver un compromis entre les positions de l'Association Bugnet et

des provinces, ou autrement dit, « *between the new Charter-based federalism of individual and group rights and the long-established federalism of provincial and national government powers and prerogatives* » (*ibid.*). Nous avons effectivement soulevé cette tension inhérente entre les demandes d'autonomie institutionnelle des demandeurs provenant de la communauté franco-albertaine et la tradition étatique du fédéralisme, qui contraignait l'interprétation des juges de l'article 23, dans notre analyse de la décision rendue en 1990.

Pour la communauté franco-albertaine, toutefois, l'histoire ne s'est pas terminée à la Cour suprême avec le jugement *Mahe*. Après avoir pris connaissance du jugement, l'ACFA et la Fédération des parents ont continué à faire du lobbying auprès du gouvernement de la province afin d'obtenir la création de conseils scolaires francophones régionaux. Un groupe de travail a été mis sur pied en 1991 afin d'étudier la mise en place d'un système de gestion de l'éducation en français dans la province. Ce groupe de travail a recommandé au gouvernement la création de deux conseils scolaires dans les régions d'Edmonton et de Peace River, respectivement, ainsi que la création de quatre conseils de coordination (des entités avec un pouvoir moindre) dans les régions à population francophone moins dense. Un an plus tard, le gouvernement provincial répondait à ces recommandations avec son projet de loi 41, qui proposait plutôt la création de 6 conseils scolaires francophones et d'un conseil de coordination, à la grande surprise des leaders franco-albertains. Toutefois, selon Behiels (2004 : 187), la conjoncture politique entre le dépôt de ce projet de loi et les négociations de Charlottetown ont tué ce projet de loi dans l'œuf, en quelque sorte, alors que le projet de loi n'a jamais pu obtenir l'assentiment de la législature. En 1993, alors que le projet de loi n'avait toujours pas été réintroduit à l'Assemblée législative, l'ACFA a commencé à organiser, avec l'appui de la Fédération des parents, un appel au Comité des droits humains de l'ONU. L'éventualité d'être visé par un litige au Comité des droits humains a fait pression sur le gouvernement : « *The final submission was ready when the Alberta government, fully aware of the public relations fiasco it would face, decided to proceed with the education bill* » (*ibid.* : 189). Finalement, l'Assemblée législative a adopté le projet de loi (maintenant devenu le projet de loi 8) le 10 novembre 1993, allant au-delà de ses obligations constitutionnelles en vertu de l'arrêt *Mahe*, et octroyant à la communauté franco-albertaine six conseils scolaires homogènes francophones.

La tension entre les droits de la minorité francophone et les pouvoirs des provinces relevée dans l'affaire *Mahe* sera aussi au cœur du Renvoi manitobain de 1993. C'était à ce moment la

quatrième fois que les Franco-Manitobains se retrouvaient devant la Cour suprême en moins de quinze ans¹⁰⁷ pour réclamer la mise en œuvre de leurs droits linguistiques. Selon Benoît Pelletier, les apparitions répétées de la communauté franco-manitobaine devant la Cour suprême démontrent

une constante : l'acharnement du gouvernement manitobain à nier l'évidence, à triturer les textes constitutionnels, à poursuivre la valse-hésitation et matière de reconnaissance des droits linguistiques, à négocier au prix fort chacun des gains concédés à la minorité francophone de la province, et à sacrifier les droits de cette dernière sur l'autel du jeu politique et des alliances constitutionnelles (Pelletier, 1993 : 83).

La situation des Franco-Manitobains différait à l'époque de celle des Franco-Albertains à l'époque, en ce que, d'une part, la question des écoles catholiques semble avoir été moins présente qu'en Alberta dans le débat sur la gestion scolaire, et que d'autre part, le gouvernement provincial du Manitoba avait été plus généreux à l'égard de la mise en place d'un réseau d'éducation francophone dans la province depuis la fin des années 1950 jusqu'en 1979. Toutefois, certains défis restaient les mêmes dans les deux provinces. D'une part, les taux d'assimilation étaient fulgurants : en 1969, une étude a démontré que le tiers des étudiants franco-manitobains de la province ne parlaient et ne comprenaient plus leur langue maternelle (Behiels, 2004 : 200). D'autre part, la population francophone n'était pas convaincue de la nécessité d'une gestion scolaire homogène, ou même que d'envoyer ses enfants aux écoles françaises était une meilleure option que de les envoyer aux écoles anglaises ou d'immersion. La présidente de la SFM, Gilberte Proteau, aurait elle-même proposé en 1984 d'abandonner « la poursuite d'une structure scolaire homogène autonome pour et par les francophones et s'allier avec l'immersion pour ainsi créer une commission ou des commissions scolaires francophones (pour immersion et français) » (Proteau, dans : Behiels, 2004 : 204-205). Cette opinion personnelle n'était pas approuvée par le conseil d'administration de la SFM, mais la suggestion de Proteau démontre à quel point la position de la communauté franco-manitobaine envers la lutte pour une structure de gestion scolaire francophone homogène était encore loin d'être galvanisée.

À la fin des années 1970, le gouvernement conservateur de William Sterling Lyon nouvellement élu se montra plus dur que ses prédécesseurs envers les doléances de la population

¹⁰⁷ L'arrêt *Forest* (1979), le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba* (1985) et l'arrêt *Bilodeau* (1986), étudiés au chapitre précédent, forment la trame de fond juridique ayant mené au présent *Renvoi*.

francophone. Lorsque ces derniers ont commencé à faire pression sur le gouvernement pour amender la *Loi sur les écoles* afin de reconnaître le droit à l'éducation en français et d'abolir le pouvoir discrétionnaire des conseils scolaires anglophones quant à l'octroi de classes et d'écoles francophones, le gouvernement se démontra très peu réceptif. Il le fut encore moins lorsque fut mise de l'avant la proposition, en 1980, de créer une division scolaire francophone homogène pour la province (*ibid.* : 203).

Suite à l'adoption de la *Charte* et alors que le leadership de la communauté franco-manitobaine était déjà aux prises avec le dossier de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, les différents organismes franco-manitobains (la SFM, mais aussi la Fédération provinciale des comités de parents (FPCP) et le Comité directeur du dossier des structures scolaires) se sont concertés afin de négocier avec le gouvernement une clarification du langage de la *Loi sur les écoles* afin qu'il réponde aux nouvelles dispositions de la *Charte*. Face à une impasse du côté politique, alors que le gouvernement ne cédait pas aux demandes de reconnaissance explicite du droit à la gestion scolaire des francophones, la SFM et la FPCP ont d'abord annoncé qu'ils contesteraient la décision en litige à la Cour du banc de la Reine, puis se sont ravisés et ont approché le gouvernement Pawley afin de proposer de procéder par renvoi sur la question de la constitutionnalité de la *Loi sur les écoles*. Cette proposition fut acceptée ; en janvier 1988, la province soumettait son renvoi à la Cour d'appel du Manitoba. Alors que la SFM et la FPCP continuaient leurs tentatives de convaincre le gouvernement de régler la question hors cours pendant les audiences du renvoi, la province concentrait plutôt son attention vers l'Accord du lac Meech. La province du Manitoba a été, au final, l'une des deux provinces (avec Terre-Neuve) ne réussissant pas à ratifier l'Accord avant la date limite du 23 juin 1990.

La décision de la Cour d'appel du Manitoba a été rendue en 1990, un peu moins d'un mois avant que la Cour suprême ne se prononce sur l'affaire *Mahe*. Elle n'avait pas ce précédent sur lequel fonder sa décision, et le refus de reconnaître aux Franco-Manitobains le droit à la gestion scolaire a tout de suite été vu comme n'adhérant pas à l'interprétation de la Cour suprême une fois la décision *Mahe* rendue publique. La SFM a alors tenté de convaincre le gouvernement d'obtenir une ordonnance de la Cour suprême afin de renverser le renvoi de la Cour d'appel du Manitoba à la lumière de cette nouvelle décision, ce que le premier ministre Filmon a refusé (*ibid.* : 221). Il a plutôt mis sur pied un groupe de travail pour étudier la question de la gouvernance de l'éducation en français dans la province. Le « rapport Gallant » a été rendu

public en 1991 et recommandait la mise sur pied d'un conseil scolaire francophone qui inclurait seulement les écoles françaises et ce, dès 1992. Près d'un an plus tard, le gouvernement Filmon a répondu à ce rapport en proposant la création d'un conseil scolaire francophone à partir de 1994, auquel les communautés où il existe une école francophone pourraient choisir de se joindre ou non. Selon ce modèle, les conseils scolaires existant déjà pourraient continuer d'offrir une éducation en français aux enfants ayant droit – une organisation jugée comme étant inconstitutionnelle selon la FPCP car elle n'offrait pas la pleine gouvernance de l'instruction en français à la communauté francophone. À partir de ce moment, les organismes de la communauté franco-manitobaine ont décidé d'arrêter de participer aux négociations avec le gouvernement. En juin 1992, la Cour suprême a accordé à la FPCP l'autorisation d'appeler le renvoi de la Cour d'appel du Manitoba ; la décision rendue publique l'année d'ensuite a, au final, donné raison à la FPCP.

À l'Île-du-Prince-Édouard, il existait plusieurs petites écoles acadiennes où l'enseignement était prodigué en français, jusqu'à une refonte du système scolaire dans les années 1970 durant laquelle plusieurs écoles ont été consolidées, forçant la fermeture de presque toutes les écoles de langue française. « À la fin des années 1970, il ne reste plus qu'une école désignée comme acadienne dans la province [...]. Le nombre passe à deux en 1980 lorsqu'on établit l'École François-Buote à Charlottetown » (Bastarache et Boudreau Ouellet, 1993 : 417). En 1980, le *School Act* de la province est amendé et reconnaît le droit à l'enseignement en français, mais dès l'adoption de la *Charte*, la communauté francophone de la province a soulevé le caractère trop contraignant des règlements provinciaux par rapport aux dispositions de l'article 23. Le *School Act* stipulait, à l'article 50(3) :

Where a regional school board providing English language education receives a request from a group of parents, representing not less than the prescribed number of children whose mother tongue is French, to also provide French language education, the board shall provide French language education in accordance with the regulations (School Act, cité dans: Reference Re Minority Language Educational Rights (P.E.I.) (1988), 69 N.F.L.D. & P.E.I.R. 236).

Le *School Act Regulations*, pour sa part, énonçait la nécessité d'avoir 25 enfants francophones inscrits dans trois grades consécutifs afin de déclencher le droit à l'enseignement en français, et remettait entre les mains des conseils scolaires le pouvoir de décider si les demandes d'enseignement en français sont raisonnables et si ces demandes peuvent être accommodées par les programmes d'immersion française de la province (*ibid.*). Ces dispositions ont été la cible

d'un renvoi en Cour d'appel provinciale. De plus, les parents francophones de la province ont soumis à la Cour que la loi provinciale ne leur octroyait aucun droit de participation ou de contrôle dans l'élaboration des programmes d'enseignement en langue française. La Cour d'appel a donné raison aux parents francophones de la province dans une décision rendue en 1988 et a déclaré les *School Act* et *School Act Regulations* inconstitutionnelles en vertu de l'article 23 (*ibid.*). La même année, la province a adopté un nouveau règlement scolaire reconnaissant les droits enchâssés dans l'article 23, et a bonifié son règlement en 1990 afin de reconnaître explicitement les droit de gestion d'établissements scolaires francophones (Bastarache et Boudreau Ouellet, 1993 : 418). Toutefois, comme nous l'avons vu durant la cause *Arsenault-Cameron*, les pouvoirs discrétionnaires du ministre restaient très larges à cet égard, allant même jusqu'à pouvoir annuler la décision d'un conseil scolaire – jusqu'à ce que la Cour suprême clarifie la limite du pouvoir ministériel, le « subordonn[ant] à l'obligation d'assurer la mise en œuvre de l'article 23 » (Power et Foucher, 2004 : 453), dans sa décision de 2000.

Ce contexte politique représente la toile de fond à partir de laquelle on peut comprendre pourquoi les FHQ se sont retrouvés devant les tribunaux afin de faire entendre leurs revendications d'autonomie durant cette décennie. Les FHQ ont continué d'agir dans l'arène politique, mais lorsque celle-ci semblait bloquée, ils se sont tournés vers l'arène juridique (Normand, 2013 : 190). Nous avons déjà vu, en première partie de ce chapitre, que les juges ont répondu en interprétant les droits linguistiques de façon plus généreuse à partir de 1990 que durant la première période étudiée. Passons maintenant à l'analyse du discours des juges au regard de l'énonciation d'une norme d'autonomie pour les FHQ (voir le tableau 4.6).

Tableau 4.6 L'énonciation d'une norme d'autonomie et les représentations des juges, 1990-2000

Titre de la décision	Année	Norme d'autonomie
<i>Mahe c. Alberta</i>	1990	Autonomie institutionnelle : Droit de la minorité linguistique de participer à la gestion de ses établissements d'enseignement à l'intérieur des conseils scolaires existants ; province responsable de la mise en œuvre
<i>R. c. Paquette</i>	1990	Autonomie personnelle : Accès en français aux corps législatifs et aux lois de la province (Sera abrogée par l'Assemblée législative)
<i>Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques au Manitoba</i>	1993	Autonomie institutionnelle : Droit de la minorité linguistique de gérer ses propres établissements d'enseignement (des lieux distincts des établissements de la majorité) et son propre conseil scolaire ; province responsable de la mise en œuvre
<i>Renvoi relatif à la Sécession du Québec</i>	1998	Pas de reconnaissance d'autonomie
<i>R. c. Beaulac</i>	1999	Autonomie personnelle : Accès en français aux corps judiciaires

		de la province ; droit à un procès dans la langue officielle de son choix
<i>Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard</i>	2000	Autonomie institutionnelle : Droit de la minorité linguistique de créer des établissements homogènes de langue française à l'endroit géographique où elle en voit le besoin; en contrepartie, obligation du ministère de l'Éducation de consulter les porte-parole de la communauté

La décennie 1990 révèle une certaine avancée en vue d'une plus grande reconnaissance de l'autonomie des FHQ. Les décisions de la Cour suprême clarifient les dispositions constitutionnelles de façon à répondre en partie aux revendications d'autonomie en matière scolaire formulées par les FHQ. Cette clarification se fera en deux temps. Dans un premier temps, les décisions de 1990 et de 1993 ont non seulement clarifié la portée de l'article 23 de la *Charte* ; la reconnaissance de la portée collective des droits linguistiques a aussi ouvert la porte à la reconnaissance d'une certaine autonomie institutionnelle pour les FHQ. *Mahe* est le premier jugement de la Cour suprême où le droit des FHQ à l'obtention et à la gestion de leurs propres écoles, financées par les coffres publics, là où le nombre le justifie, est clairement énoncé. Les échelons supérieurs du « critère variable » dont est porteur l'article 23 sont ensuite clarifiés dans le Renvoi manitobain de 1993. L'autonomie des FHQ en matière scolaire s'arrête toutefois là où commence celle des provinces, comme nous l'avons signalé plus haut, c'est-à-dire que les provinces détiennent encore une grande latitude dans le choix des moyens de mise en œuvre des exigences de l'article 23. Comme le souligne Pelletier à l'égard du Renvoi de 1993,

[L]a Cour suprême du pays n'a pas jugé nécessaire [...] de préciser comment satisfaire au droit général à des lieux physiques distincts dans une situation donnée. Même à l'égard du Manitoba, la Cour a remis à plus tard l'examen de ce qui constituait des établissements appropriés par rapport aux secteurs géographiques précis de la province (Pelletier, 1993 : 84).

Ces précautions visant à laisser au législateur une responsabilité aussi large que possible de mise en œuvre de ses obligations, législateur qui aurait refusé de façon répétée par le passé de respecter ses obligations, mènera Pelletier à dire que la Cour suprême n'avait pas offert une réelle victoire aux Franco-Manitobains par cette décision. « Force est de constater par ailleurs que la Cour suprême n'est plus une alliée *efficace* pour la francophonie canadienne, victime qu'elle est devenue de ses propres règles d'interprétation en matière linguistique, lesquelles la réduisent à toute fin pratique [*sic*] à l'impuissance »¹⁰⁸ (*ibid.* : 86). Les avancées en matière d'autonomie

¹⁰⁸ En italiques dans le texte.

pour les FHQ dans le domaine de l'éducation, dans ces deux premiers arrêts, devraient donc être considérées avec une certaine réserve. Toutefois, grâce à l'arrêt *Arsenault-Cameron* en 2000, la Cour suprême, forte de l'évolution récente de l'interprétation des droits linguistiques dans *Beaulac*, a pu corriger le tir en révisant la portée de l'article 23 vis-à-vis des pouvoirs ministériels. En clarifiant que l'article 23, dans ses critères supérieurs, octroyaient aux FHQ le droit à des établissements dans des lieux distincts, ainsi qu'en rendant explicites les pouvoirs décisionnels et le rôle de représentant de la collectivité octroyé aux commissions scolaires (et en contrepartie, les obligations du ministère vis-à-vis la consultation de la collectivité minoritaire de langue française), les juges ont contribué à la progression vers une norme d'autonomie institutionnelle plus complète pour les FHQ dans le domaine scolaire. Cette reconnaissance de l'autonomie prend aussi la forme d'un droit de participation variable à la gouvernance dans le domaine scolaire, doublée d'une obligation de consultation des porte-parole de la communauté de la part des gouvernements.

Par ailleurs, nous constatons que l'autonomie institutionnelle (non-territoriale) variable graduellement énoncée par les juges pour les FHQ dans ces trois causes de droit linguistique scolaire est foncièrement rattachée à un critère qui, pour sa part, tient du domaine territorial, c'est-à-dire le critère du nombre suffisant. L'autonomie octroyée aux FHQ dans le domaine scolaire entre 1990 et 2000 n'est pas complètement a-territoriale, car l'interprétation du « critère variable » découlant des dispositions constitutionnelles de l'article 23 ramène la dimension « spatiale » à l'avant-scène : le droit de gestion et de contrôle dépend directement du nombre d'étudiants prospectifs sur un territoire donné.

Dans le domaine judiciaire, la décision *Paquette*, au début de la décennie, a offert le même type d'interprétation que la décision *Mercurie* durant la dernière période, c'est-à-dire une fausse victoire pour la communauté franco-albertaine. Les droits linguistiques de l'article 110 de *l'Acte des Territoires du Nord-Ouest* étaient toujours en vigueur selon les juges, mais pouvaient être abrogés par la province de l'Alberta, cet article n'étant pas enchâssé dans la constitution, ce qui, au moment où la Cour suprême rendait son jugement, avait déjà été fait. Alors que l'article 110 aurait donné aux Franco-Albertains le même type d'autonomie personnelle et de protections, dans le cadre du régime linguistique canadien, que ce qui avait été reconnu aux Franco-Manitobains dans le Renvoi de 1985, ceux-ci furent abolis par l'Assemblée législative. La décision *Beaulac* de 1999 constitue toutefois un renversement majeur pour l'autonomie

personnelle des FHQ dans le domaine judiciaire. Les juges ont énoncé une interprétation positive du droit d'utiliser l'une ou l'autre langue officielle devant les tribunaux et dans les services découlant de ces derniers. Les dispositions juridiques touchant le bilinguisme judiciaire, dans un premier temps jugées comme étant permissives par la Cour suprême et n'incluant aucune garantie pour les citoyens d'être compris dans la langue officielle de leur choix, sont maintenant énoncées comme étant obligatoires. En d'autres mots, la responsabilité revient à l'État d'assurer que les citoyens soient entendus *et* compris dans la langue de leur choix, octroyant à ces citoyens un degré d'autonomie personnelle qui aurait été impensable durant la dernière décennie suite à la « trilogie du compromis ».

Toutefois, il semble y avoir des désaccords entre les juristes quant au legs jurisprudentiel de l'arrêt *Beaulac*. Pour Doucet (2000), *Beaulac* fait partie de la « nouvelle trilogie » d'arrêts en matière de droits linguistiques, trilogie qui aurait

redonn[é] vie aux droits linguistiques en écartant toute interprétation selon laquelle ces droits doivent recevoir, étant donné leur origine, un traitement différent des autres droits reconnus dans la *Charte*. [...] [L]a mise en œuvre de ces droits linguistiques exige des mesures gouvernementales et créent, en conséquence, **des obligations pour la province**¹⁰⁹ (Doucet, 2000 : 11).

Cette interprétation de *Beaulac* inférant que les dispositions visées dans l'arrêt sont maintenant lues comme des droits positifs, c'est-à-dire créant « des obligations pour la province », est accueillie par Réaume (2002) avec plus de prudence. Selon Réaume, il ne faudrait pas crier victoire trop vite quant à une interprétation large et généreuse du bilinguisme judiciaire à l'avenir. Pour elle, il n'y a pas forcément de lien entre une lecture des droits linguistiques en tant que droits négatifs et une interprétation contraignante de ces droits, ou à l'inverse, entre une lecture des droits linguistiques en tant que droits positifs et une lecture généreuse. Les binaires droits négatifs/positifs et lecture contraignante/généreuse seraient indépendants l'un de l'autre ; on pourrait très bien lire des droits positifs, engendrant des obligations pour l'État, de façon limitée, par exemple (Réaume, 2002 : 599). Or, bien que le juge Bastarache énonce clairement son rejet de la tradition du compromis politique en tant que notion ayant une quelconque incidence sur la portée des droits linguistiques, il ne va pas jusqu'à dire de façon explicite que les droits linguistiques sont des droits positifs. Son argumentaire, reposant sur le droit international, rejetant la possibilité de lire les droits linguistiques en tant que droits négatifs est *obiter dictum*, et

¹⁰⁹ En gras dans le texte.

n'aurait donc aucune force contraignante jurisprudentielle. Bastarache n'avait donc pas complètement fermé la portée à l'éventualité d'une interprétation ultérieure des dispositions touchant le bilinguisme judiciaire en tant que droits négatifs (*ibid.* : 600), ce qui pourrait, selon Réaume, miner la portée de l'autonomie personnelle octroyée aux FHQ dans le domaine judiciaire dans une décision ultérieure.

Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, pour sa part, n'émet pas d'avancée explicite en matière d'autonomie pour les FHQ. Il apparaît toutefois, dans le cadre de cette période, comme un point tournant, ou une « jonction critique », pour l'interprétation des droits linguistiques. Il constitue une avancée juridique au potentiel important pour les FHQ en énonçant le principe constitutionnel non-écrit de protection des minorités : « À partir de ce moment, [les minorités de langue officielle] se référeront également à ce principe afin d'exiger de la part des différents gouvernements une plus grande prise en compte de leurs préoccupations » (Cardinal, 2008 : 391). Toutefois, en tant que principe non écrit, sa force normative restait à ce point-ci potentielle ; il faudra encore attendre que les juges fassent entrer ce principe dans l'interprétation des droits linguistiques.

Conclusion

Dans ce chapitre, l'analyse de l'interprétation des droits linguistiques canadiens par la Cour suprême démontre que les juges, suite à une première période marquée par l'ambivalence, ont commencé à converger vers une même représentation des droits linguistiques graduellement plus favorable en vue de l'autonomie des FHQ entre 1990 et 2000. L'activité judiciaire en matière de droits linguistiques à la Cour suprême a compté cinq jugements de droit linguistique, auxquels nous avons ajouté à notre analyse le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Ce Renvoi nous a permis d'explorer plus en détails les fondements normatifs de l'interprétation des juges de la tradition étatique du fédéralisme ainsi que du principe constitutionnel non écrit de protection des minorités. Ce dernier a aussi donné l'occasion aux juges d'articuler la relation normative entre la tradition du compromis politique et les droits linguistiques des minorités de langue officielle, dans l'optique de la protection des minorités.

Comme nous l'avons vu, les organismes représentant les FHQ avaient été fortement mobilisés dans le cadre de la révision de la *LLO*, ainsi que des négociations des Accords du lac Meech et de Charlottetown. Ils ont notamment tenté d'obtenir une plus grande reconnaissance constitutionnelle de la dualité linguistique du pays et de faire enchâsser une autonomie explicite

en matière d'éducation. Alors que les francophones du Nouveau-Brunswick ont réussi à voir la reconnaissance de l'égalité de leur communauté linguistique enchâssée dans la Constitution canadienne, les autres revendications constitutionnelles des FHQ sont, pour leur part, restées lettre morte, suite à l'échec des deux Accords. Les tribunaux étaient encore dans cette décennie un lieu alternatif à la sphère politique pour les FHQ, lorsque des mobilisations au sein de cette dernière n'octroyaient pas les résultats espérés (Normand, 2013). Aux lendemains du référendum québécois sur la souveraineté-association, les FHQ ont aussi été fortement sollicités par un gouvernement fédéral pressé de reconstruire une unité nationale chancelante. Sur le plan provincial, suite à l'échec de longues négociations avec les gouvernements de l'Alberta et du Manitoba afin d'obtenir par la voie législative une reconnaissance d'autonomie dans le domaine de l'éducation, des FHQ de ces deux provinces se sont tournés vers les juges afin de clarifier l'étendue de cette autonomie respective. Ils ont pu bâtir sur les premières avancées dans le domaine, acquises durant la décennie 1980, en obtenant de la Cour suprême l'énonciation d'un droit général à l'instruction dans la langue de la minorité et d'une clarification des échelons supérieurs de ce droit reposant sur une « échelle variable », justifiée par le nombre d'ayant droits sur un territoire donné. Ces échelons supérieurs comprennent l'octroi d'une certaine autonomie dans la gestion et le contrôle de l'instruction dans la langue de la minorité, reconnaissant le droit à des établissements physiques distincts de la majorité et pouvant aller jusqu'à la gestion d'un conseil scolaire indépendant, si le nombre le justifie. En Alberta, suite à force négociations (et une menace de litige au Comité des droits de l'homme de l'ONU), le gouvernement provincial a accepté en 1993 un arrangement en matière d'éducation allant au-delà des limites établies par la Cour suprême, octroyant aux Franco-Albertains, trois ans après *Mahe*, le droit de gérer leurs propres conseils scolaires homogènes. En 2000, les juges de la Cour suprême sont allés plus loin, en clarifiant le droit à des établissements répondant aux besoins de la communauté et aux critères découlant de l'égalité réelle, en énonçant des limites au pouvoir discrétionnaire ministériel en matière scolaire, et en reconnaissant explicitement le rôle des conseils scolaires francophones en tant que porte-parole communautaires. En matière d'autonomie scolaire, les juges ont poursuivi le dialogue entre les traditions étatiques et les droits linguistiques et ce faisant, ils ont pu favoriser l'autonomie des FHQ dans ce domaine. Cette autonomie se dessine toujours à la lumière du « critère variable » selon le nombre potentiel d'élèves sur un territoire donné, influençant le degré de gestion et de contrôle institutionnel des collectivités minoritaires.

En matière de bilinguisme judiciaire, la décennie 1990-1999 a été entamée avec le maintien du *statu quo* par rapport à la décennie précédente dans la décision *Paquette*, pour ensuite connaître un point tournant avec l'arrêt *Beaulac*. Cette dernière décision récuse l'interprétation des dispositions en matière de l'utilisation de l'une ou l'autre langue officielle devant les tribunaux contrainte par la tradition du compromis politique, legs de la trilogie de 1986, au profit d'une approche plus généreuse, forte des révisions à la *LLO* de 1988 (et notamment des dispositions désormais exécutoires de la Loi) et de la reconnaissance du principe d'égalité réelle. Il fait du droit d'être entendu devant un tribunal canadien dans la langue officielle de son choix un droit substantiel reposant non sur le droit naturel à un procès équitable, mais sur le rapport subjectif entre un individu et sa langue, voire son identité culturelle. On peut dire que les juges ont répondu aux aspirations d'autonomie individuelle des FHQ en leur octroyant le droit d'être entendu et compris devant les tribunaux dans la langue officielle de leur choix dans *Beaulac*. Il resterait toutefois une ombre au tableau, relevée par Réaume (2002), soit la possibilité d'une interprétation ultérieure de ces droits en tant que droits négatifs ayant le potentiel de limiter la portée des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de la *Charte*, et du *Code criminel* en la matière.

Finalement, le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* a été l'occasion pour les juges de se prononcer sur les fondements normatifs des traditions étatiques canadiennes comme le fédéralisme et le compromis politique. Ces deux traditions, comme nous l'avons vu, entretiennent dans l'esprit des juges une relation complexe avec le principe constitutionnel non écrit de la protection des minorités, et tout particulièrement la protection des minorités linguistiques. La tradition fédérale canadienne, une condition de l'accord confédéral visant à reconnaître la diversité de la communauté politique canadienne au sein d'un système de gouvernement, illumine la tension entre l'autonomie des provinces et la protection des minorités – tension exacerbée par l'enchâssement des dispositions de la *Charte* à l'égard des droits linguistiques. Le principe non écrit de la protection des minorités, pour sa part, recèle un potentiel important pour la possibilité des juges d'émettre des obligations gouvernementales en matière de droit linguistique. Ce potentiel ne sera réellement exploité qu'à partir de 2001, comme nous le verrons dans le prochain chapitre.

En somme, durant les années 1990, l'interprétation des juges en matière de droit linguistique s'est clarifiée au cours de la décennie, en faveur d'une doctrine générale plus libérale

s'incarnant dans la « nouvelle trilogie des droits linguistiques » énoncée durant les trois dernières années de cette période. Cette trilogie constitue pour nous un point tournant important, car les juges y ont révisé leur représentation des traditions étatiques du fédéralisme et du compromis politique, ainsi que leur impact sur la portée des droits linguistiques. Le dernier chapitre sera l'occasion d'étudier le legs jurisprudentiel que créera cette nouvelle trilogie, au trentième anniversaire de la *Charte*. Nous explorerons la façon dont les juges poursuivront l'interprétation des droits linguistiques à l'aulne de ce nouveau contexte institutionnel, et son incidence sur la possibilité d'autonomie pour les FHQ.

Chapitre 5

La consolidation et les limites de l'interprétation libérale des droits linguistiques

Les décisions rendues pendant la période allant de 2001 jusqu'en 2012, au trentième anniversaire de la *Charte*, seront examinées dans ce chapitre. Cette période s'ouvre sur le dépôt du premier projet de loi du sénateur Jean-Robert Gauthier afin de rendre exécutoire la Partie VII de la *Loi sur les langues officielles*. Cette longue lutte se solde par une victoire en 2005 et permet finalement aux FHQ de se prévaloir de ces dispositions devant les tribunaux afin d'imposer de nouvelles obligations au gouvernement fédéral (Normand, 2012 : 97) – ce qu'ils ne feront toutefois pas. Parmi ces nouvelles obligations figure « l'obligation justiciable de prendre des 'mesures positives' favorisant la promotion des minorités linguistiques » (Foucher, 2012 : 108). Les FHQ ont aussi dû lutter durant cette décennie afin de préserver un outil majeur permettant de financer leurs actions devant les tribunaux, soit le Programme de contestation judiciaire (PCJ), qui, après avoir été aboli par le gouvernement fédéral, a été remis sur pied sous le nom de Programme d'appui aux droits linguistiques (PADL).

Les questions plus larges d'interprétation générale des dispositions de la *Charte* étaient considérées comme d'ores et déjà réglées par la communauté juridique, à l'orée de cette période (Tibbetts, 2013 : en ligne). Les juges seront appelés, par l'entremise des litiges qu'ils auront à trancher, à affiner leur représentation des droits linguistiques. Cette représentation se situera généralement en dépendance au sentier par rapport aux développements observés dans le cours de la « nouvelle trilogie » à la fin de la dernière décennie. Nous exposerons néanmoins quelques divergences dans la jurisprudence.

Les litiges portant sur le droit à l'instruction dans la langue de la minorité occuperont encore une fois la Cour suprême, représentant près de la moitié (soit quatre sur dix) des décisions étudiées dans le cadre de ce chapitre. Toutefois, au contraire de la décennie précédente, c'est au Québec où ce débat prendra le plus d'ampleur (soit trois litiges sur quatre), notamment à la lumière de la controverse portant sur les « écoles passerelles » à la fin de la décennie 2000¹¹⁰. Cette jurisprudence présentera une réorientation des principes guidant l'interprétation des juges

¹¹⁰ À cet effet, voir notamment *Le Devoir* du 23 octobre 2009, « La Cour suprême tranche – Québec renvoyé à sa table à dessin » : en ligne.

des dispositions de l'article 23 lorsque celles-ci sont appliquées au cas québécois, réorientation qui trahit l'intention des juges de protéger les acquis des FHQ en matière scolaire, au détriment de la majorité francophone du Québec (Richez, 2014).

Les juges auront à examiner de nouveaux domaines d'application des droits linguistiques, notamment aux services gouvernementaux, en santé, et aux municipalités. Les différents types de litiges devant les tribunaux permettront aux juges de consolider l'interprétation libérale et généreuse énoncée dans la « nouvelle trilogie » des droits linguistiques, entre 1998 et 2000, et d'éclairer de nouveaux domaines où les FHQ veulent faire avancer leur revendication d'autonomie. En contrepartie, malgré ces avancées, le recul (ou à tout le moins, la stagnation) en matière de droits linguistiques guette toujours les FHQ.

Notre analyse de la jurisprudence de la période 2001-2012 prendra appui sur les recherches de Doucet (2007), de Doucet, Bastarache et Rioux (2013), de Foucher (2013; 2008; 2010-2011; 2012), et de Richez (2014). Avant de passer à l'examen de la jurisprudence de ces onze dernières années, prenons un moment pour présenter la Cour suprême qui a présidé à cette dernière période de notre étude.

La Cour suprême du Canada, 2001-2012

Dans les onze années menant au trentième anniversaire de la *Charte*, la Cour suprême du Canada a vécu une période de relative stabilité. Nous retrouvons la même juge à la tête de la Cour, Beverley McLachlin, nommée au départ du juge en chef Lamer en janvier 2000. De plus, lors de sa nomination, elle avait déjà plus de dix d'expérience à la Cour. Fait important dans le cadre de la présente étude, notons aussi le départ du juge Bastarache de la Cour en 2008, après plus de dix ans de service. Bastarache fut remplacé par Thomas Cromwell, un juriste ontarien sans expérience particulière au sujet des droits linguistiques (Cour suprême, « L'honorable Thomas Albert Cromwell » : en ligne).

La composition de la Cour suprême

La composition de la Cour suprême de 2001 à 2012 est présentée au tableau 14. On dit souvent du règne de la juge en chef McLachlin à la Cour suprême qu'il est marqué par le consensus et le pragmatisme au sein de la Cour (Tibbetts, 2013 ; Slayton, 2009 ; McCormick, 2005). Jamie Cameron, professeur de droit à Osgoode Hall, décrit la cour de McLachlin comme « *a cautious, as a pragmatic and compromise-seeking court* » (Cameron dans Tibbetts, 2013 : en ligne). La

juge en chef a redressé la réputation de la Cour suprême dans l'opinion publique canadienne, en donnant l'impression de présider une cour moins activiste que durant le règne Lamer (Tibbetts, 2013 : en ligne ; Slayton, 2009 : en ligne). Adam Dodek, professeur de droit à l'Université d'Ottawa, rappelle que lors de la nomination de McLachlin comme juge en chef, la Cour suprême « *was taking hits from members of the federal Reform party, right-wing columnists, and several academics, who vocally accused the Supreme Court of what they decried as judge-made law, or overstepping the will of elected legislators* » (Dodek dans : Tibbetts, 2013 : en ligne). Selon Dodek, l'approche de McLachlin envers le droit et son rôle en tant que juge en chef à la Cour suprême a été plus prudente que ne l'était celle de son prédécesseur, Antonio Lamer.

Toutefois, certains observateurs remarquent aussi que la teneur des litiges amenés devant la Cour depuis 2001 a changé par rapport aux décennies précédentes et que les grandes questions d'interprétation de la *Charte* avaient déjà été réglées. La juge en chef elle-même explique que la Cour en est maintenant à une étape de « consolidation » de l'interprétation de la *Charte* :

I think the heady days of the '80s and early '90s, when you had this constant stream of Charter issues, simply because you had a new document and it had to be interpreted and there were questions coming up all the time, that has slowed, which is appropriate and natural in the constitutional evolution of things.
(McLachlin dans : Tibbetts, 2013 : en ligne)

Autrement dit, le type de questions auxquelles la Cour a eu à répondre en matière de droit constitutionnel durant cette période semble moins à risque de provoquer des coups d'éclat. McLachlin a aussi fait le vœu, lors de sa nomination en tant que juge en chef, de présider une Cour plus collégiale et consensuelle, c'est-à-dire où les juges rendraient plus de jugements unanimes. La cour Lamer avait été critiquée pour le manque de clarté des jugements qu'elle rendait, alors que plusieurs de ces décisions étaient divisées entre opinions majoritaires et minoritaires (Tibbetts, 2013 : en ligne). Ses efforts semblent avoir porté fruit : la proportion de jugements unanimes et signés par « La Cour », rares durant le règne Lamer, sont devenus beaucoup plus nombreux depuis 2001. Dans le cadre des droits linguistiques, pour la période allant de 2001 à 2012, cinq des sept jugements de la Cour suprême ont été rendus de façon unanime¹¹¹.

¹¹¹ Les deux exceptions sont les arrêts *Doucet-Boudreau* et *Charlebois*. Nous remarquons toutefois, comme nous l'avons soulevé au chapitre 4, que dans le cas des droits linguistiques, la cour Lamer n'avait pas fait preuve d'autant de divisions que ce qu'il est rapporté au sujet de décisions portant sur d'autres domaines juridiques, notamment les droits des accusés au criminel

Tableau 5.1 La composition de la Cour suprême du Canada, 2001-2012

Nom du/de la juge	Période juge puîné(e)	Période juge en chef
Claire l'Heureux-Dubé	1987-2002	
Charles Doherty Gonthier	1989-2003	
Beverley McLachlin	1989-2000	2000-aujourd'hui
Frank Iacobucci	1991-2004	
John Charles Major	1992-2005	
Michel Bastarache	1997-2008	
William Ian Corneil Binnie	1998-2011	
Louise Arbour	1999-2004	
Louis LeBel	2000-2014	
Marie Deschamps	2002-2012	
Morris J. Fish	2003-2013	
Louise Charron	2004-2011	
Rosalie Abella	2004-aujourd'hui	
Marshall Rothstein	2006-aujourd'hui	
Thomas Albert Cromwell	2008-aujourd'hui	
Andromache Karakatsanis	2011-aujourd'hui	
Michael J. Moldaver	2011-aujourd'hui	
Richard Wagner	2012-aujourd'hui	

Source : Cour suprême du Canada, 2014 : en ligne

Arrêtons-nous un moment afin de présenter la nouvelle juge en chef qui présidera la Cour durant toute la période 2001-2012.

Beverley McLachlin

Beverley McLachlin est née en 1943 à Pincher Creek, un petit village albertain au sud de Calgary. Elle était la plus vieille d'une famille de cinq enfants, et ses parents avaient un ranch et un moulin à bois. Après l'obtention d'un baccalauréat en philosophie de l'Université de l'Alberta, elle a entamé, en 1965, ses études à l'École de droit de la même institution, où elle a terminé au premier rang de sa classe (Slayton, 2009 : en ligne). Elle a été admise au Barreau de l'Alberta en 1969, puis au Barreau de la Colombie-Britannique en 1971. En 1974, elle a commencé à enseigner à la Faculté de Droit de l'Université de la Colombie-Britannique, jusqu'à ce qu'elle soit nommée à la Cour de Comté de Vancouver, en 1981 (Cour suprême du Canada, « La très honorable Beverley McLachlin, C.P., Juge en chef du Canada » : en ligne). Quelques mois plus tard, elle était nommée à Cour suprême de Colombie-Britannique, puis à la Cour d'appel en

(Tibbetts, 2013 : en ligne). En fait, nous le rappelons, toutes les décisions étudiées dans la dernière décennie ont été rendues de façon unanime, sauf la décision *Beaulac*, où le juge en chef Lamer et le juge Binnie ont rendu un jugement concurrent (et non dissident), c'est-à-dire qu'ils étaient d'accord avec la décision finale de la majorité, mais en désaccord avec certains aspects de l'argumentaire.

1985. En 1988, le Premier ministre Brian Mulroney la nommait Juge en chef de cette Cour. Six mois plus tard, Mulroney lui annonçait qu'elle était nommée à la Cour suprême du Canada (Slayton, 2009 : en ligne).

Elle a siégé en tant que juge puînée pendant dix ans avant que le Premier ministre Jean Chrétien ne la nomme juge en chef. Le 7 janvier 2000, Beverley McLachlin devenait la première femme juge en chef de la Cour suprême du Canada de l'histoire de cette institution. En septembre 2013, elle devenait la Juge en chef ayant servi pendant le plus grand nombre d'années de l'histoire de la Cour, dépassant Sir William Ritchie qui avait occupé ce poste pendant treize ans et huit mois, jusqu'à sa mort en 1892 (Tibbetts, 2013 : en ligne). Elle était toujours en poste au moment où ces lignes étaient écrites.

Nous n'avons pas identifié de travaux sur l'attitude de la juge en chef à l'égard des droits linguistiques¹¹². Nous nous référons donc à ses propres écrits dans le domaine. Dans un article récent publié dans la *Supreme Court Law Review*, la juge en chef exprimait sa vision des trente premières années d'existence de la *Charte*, et mentionnait, notamment, l'exceptionnalisme canadien retrouvé dans le texte. L'un des aspects uniques de la *Charte* est selon elle la présence de « *group rights, tied to a recognition that pluralism is one of Canada's animating values* » (McLachlin, 2013 : au para. 23). Parmi ces « *group rights* », elle classe les droits linguistiques. Selon elle, les dispositions de la *Charte* et de la *Loi constitutionnelle* portant sur les droits linguistiques sont de nature individuelle, mais leur portée dépasse la sphère des droits individuels, car ils reconnaissent que « *there are some activities, essential to human flourishing, that can only be protected or nurtured by protecting the group setting in which they take place* » (*ibid.* : au para. 26). Le lecteur reconnaîtra certainement ici des échos de la vision du juge en chef Dickson des droits linguistiques, tel qu'il les avait interprétés dans l'arrêt *Mahe*, notamment. La juge en chef McLachlin continue :

Language provides an excellent example: a language can only be spoken with others, by definition. Language rights, in order to be effective, must therefore operate at the level of the group. The only way to protect an individual's language right is to protect the setting in which the language is spoken. That is

¹¹² Ce genre d'article se retrouve souvent, comme nous l'avons vu dans les deux derniers chapitres, dans des ouvrages « mélanges » dédiés à un juge suite à son départ de la Cour suprême. Ce fut le cas des études de ce genre effectuées pour les juges Beetz, Dickson, Lamer et Bastarache. Or, puisque la juge en chef McLachlin est toujours en poste, aucun ouvrage de cet acabit n'a encore été publié à son sujet.

what is meant by “group rights”: rights that can only be exercised through a group. (ibid. : au para. 27)

Elle explique ensuite que cette tradition de la reconnaissance de droits à certains groupes est une tradition purement canadienne datant d’aussi loin que l’*Acte de Québec* de 1791, ne faisant partie ni de la tradition constitutionnelle américaine, ni de la tradition européenne. Cette tradition serait centrale à l’histoire du Canada : « *Recognition of special group interests is bred in our soul. It is the stuff that founded us and the means by which we have managed to stay together* » (*ibid.* : au para. 29). La juge en chef McLachlin a une représentation des droits linguistiques qui concorde avec celle que l’on retrouvait à la Cour suprême lors de la dernière décennie, c’est-à-dire des droits dont l’origine provient de l’histoire constitutionnelle du pays et qui renvoient à une communauté particulière à laquelle ces droits s’appliquent.

La juge en chef McLachlin a participé à tous les jugements de droit linguistique de la Cour suprême durant la période allant de 2001 à 2012, qui sont au nombre de sept. Un seul autre juge ayant siégé à la Cour suprême en a fait de même durant cette période. Il s’agit du juge Ian Binnie.

William Ian Corneil Binnie

Ian Binnie est né à Montréal en 1939. Il a obtenu un Baccalauréat ès Arts de l’Université McGill en 1960, avant de poursuivre des études de droit à l’Université Cambridge. Il y a reçu son LL.B. en 1963 et son LL.M. en 1988. Il a aussi obtenu un LL.B. de l’Université de Toronto en 1965. Il a été admis au Barreau anglais en 1966, et au Barreau de l’Ontario l’année suivante. De 1975 à 1979, il a enseigné les droits des peuples autochtones à Osgoode Hall.

Avant d’être nommé à la Cour suprême, Ian Binnie a eu une carrière en tant que plaideur, notamment dans les domaines du litige commercial et du constitutionnalisme. De 1982 à 1986, il a été sous-ministre adjoint au ministère de la Justice du Canada. Il a été « admis à plaider devant la Cour internationale de justice en 1984 » (Cour suprême du Canada : « L’honorable William Ian Corneil Binnie » : en ligne). Il a travaillé en tant qu’associé au sein du cabinet McCarthy Tétrault¹¹³ de 1986 à 1998. En 1990, il a agi en tant que « conseiller parlementaire spécial du Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes chargé d’examiner l’Accord du

¹¹³ Ce cabinet existe toujours aujourd’hui.

lac Meech » (*ibid.*). Il a représenté la province de Terre-Neuve lors de négociations visant à modifier les conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada (*ibid.*).

En 1998, il a été nommé à la Cour suprême, peu avant que l'audience de la Cour suprême au sujet du *Renvoi relatif à la Sécession du Québec* ne commence. Il n'avait jamais été juge avant cette nomination. Sur les sept jugements de la Cour suprême en matière linguistique auxquels il a participé entre 2000 et 2012, il a été deux fois dissident, aux côtés des juges Major, LeBel, et Deschamps dans le cas de l'arrêt *Doucet-Boudreau* (2003), et avec les juges Bastarache, LeBel, et Deschamps dans le cas de *Charlebois* (2005). Le juge Binnie n'a jamais écrit sur les droits linguistiques à proprement parler, mais sa vision de la Constitution canadienne et du rôle des juges dans son interprétation est connue. Selon lui, la Constitution canadienne avait été conçue de façon à pouvoir évoluer dans le temps. Il est un partisan de la théorie de l'« arbre vivant ». En 2007, il écrivait :

It seems clear that our judges have always accepted, along with our legislators and members of the executive, that Canadian society evolves and that while the constitutional text remains the same it is interpreted now in the only way it can be, by Canadians of today not by the colonial judges of 1867 (Binnie, 2007 : en ligne).

Au sujet de la *Charte*, plus précisément, il expliquait que l'intention expresse du législateur était justement de laisser place à l'interprétation des tribunaux :

Insofar as the Canadian Charter of Rights and Freedoms is concerned, the framers specifically rejected the idea that rights should be frozen as of the date of enactment. The history of Charter negotiations demonstrates that in many cases, the framers had only the most general idea of the scope of the rights they were entrenching in the Constitution [...] and so they chose very open textured language, which they then delegated to the courts to refine and develop (*ibid.*).

Lors de sa retraite de la Cour suprême en 2011, le juge Binnie s'est joint au cabinet Lenczer Slaughter et a commencé à travailler dans un nouveau centre d'arbitrage, le *Arbitration Place* à Toronto (*The Globe and Mail*, le 10 avril 2012 : en ligne). En 2015, il a été nommé comme arbitre indépendant dans le scandale entourant les dépenses des sénateurs (*La Presse*, le 26 mai 2015 : en ligne).

Les juges McLachlin et Binnie ont eu la chance de laisser leur marque sur l'évolution du droit linguistique canadien, mais ils furent accompagnés, dans cette démarche, par plusieurs collègues, dont le juge Bastarache qui a été très actif dans le domaine, rédigeant notamment deux

décisions¹¹⁴ entre 2001 et le moment où il a pris sa retraite en 2008. Le tableau 5.2 énumère le nombre de décisions (et de dissidences) auquel chaque juge a participé durant la période 2001-2012.

Tableau 5.2 La participation des juges aux décisions de droit linguistique, 2001-2012

Nom du/de la juge	Nombre de décisions (dissidences/concurrences)
Charles Doherty Gonthier	1
Beverley McLachlin	7
Frank Iacobucci	1
John Charles Major	1 (1 dissidence – <i>Doucet-Boudreau</i>)
Michel Bastarache	5 (1 dissidence – <i>Charlebois</i>)
William Ian Corneil Binnie	7 (2 dissidences – <i>Doucet-Boudreau, Charlebois</i>)
Louise Arbour	1
Louis LeBel	7 (2 dissidences – <i>Doucet-Boudreau, Charlebois</i>)
Marie Deschamps	6 (2 dissidences – <i>Doucet-Boudreau, Charlebois</i>)
Morris J. Fish	5
Louise Charron	4
Rosalie Abella	4
Marshall Rothstein	3
Thomas Albert Cromwell	-
Andromache Karakatsanis	-
Michael J. Moldaver	-
Richard Wagner	-

Comme ce tableau le démontre, un grand nombre de juges a participé à plusieurs des décisions portant sur le droit linguistique, et les seules dissidences de cette période se retrouvent dans deux arrêts en particulier, soit *Doucet-Boudreau* et *Charlebois*. Les juges Binnie, LeBel et Deschamps forment un noyau dur dans ces dissensions, et nuanceront la vision du droit linguistique portée par la Cour dans les raisons écrites, que nous présenterons dans la prochaine section.

La jurisprudence en matière de droits linguistiques : 2001-2012

Cette section présente les décisions que nous étudions durant cette période. Comme nous l'avons mentionné, plus de deux tiers des décisions (sept décisions sur dix) sont de la Cour suprême. Les trois autres décisions proviennent de la Cour fédérale et de la Cour d'appel de l'Ontario. Le tableau 5.3 présente les décisions que nous étudierons dans ce chapitre au regard de la répartition

¹¹⁴ Il s'agit de la dissidence dans *Charlebois* (en 2005) et de la décision *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick* (en 2008).

des décisions des juges, du domaine impliqué dans la décision, et des textes de lois qui sont interprétés ou interpellés par les juges dans chaque cas¹¹⁵.

Tableau 5.3 Les décisions de la Cour suprême du Canada dans le domaine des droits linguistiques, 2001-2012

Titre de la décision	Année	Décision / Juges	Domaine	Dispositions touchées
<i>Lalonde c. Ontario</i> (Commission de restructuration des services de santé) (Cour d'appel de l'Ontario)	2001	Unanime / Weiler, Sharpe, Rivard (<i>ad hoc</i>)	Droit à une institution de services de santé dans la langue de la minorité de langue officielle	<i>Loi constitutionnelle de 1867</i> Art. 15 et 16, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> <i>Loi sur les services en français</i> de l'Ontario
<i>Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse</i> (Ministre de l'Éducation)	2003	5-4 / Cour complète ; Major, Binnie, LeBel et Deschamps dissidents	Droit à l'instruction dans la langue de la minorité de langue officielle	<i>Loi constitutionnelle de 1867</i> <i>Loi constitutionnelle de 1982</i> Art. 23 et 24, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> <i>Education Act</i> de la Nouvelle-Écosse
<i>Raïche c. Canada</i> (Procureur général) (Cour fédérale)	2005	Shore	Droit à la représentation démocratique effective des communautés linguistiques officielles en situation minoritaire	<i>Loi constitutionnelle de 1867</i> Art. 1 et 3, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> Art. 15, <i>Loi sur la révision des limites des circonscriptions électorales</i> Partie VII, <i>Loi sur les langues officielles</i>
<i>Solski (Tuteur de) c. Québec</i> (Procureur général)	2005	Unanime / McLachlin, Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish	Droit à l'instruction dans la langue de la minorité de langue officielle	Art. 133, <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> Art. 23, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> Art. 72, 73, 75, 85, <i>Charte de la langue française du Québec</i>
<i>Gosselin (Tuteur de) c. Québec</i> (Procureur général)	2005	Unanime / McLachlin, Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish	Droit à l'instruction dans la langue de la minorité de langue officielle	Art. 91, 93, <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> Art. 15, 23, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> Art. 72, 73, 75, <i>Charte de la langue française du Québec</i>
<i>Charlebois c. Saint John (Ville)</i> (Charlebois n°2)	2005	5-4 / Cour complète (Bastarache, Binnie, LeBel et Deschamps)	Obligations linguistiques des municipalités au Nouveau-Brunswick	Art. 16-20, 32, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> Art. 1, 22, <i>Loi sur les langues</i>

¹¹⁵ Le lecteur remarquera que nous avons exclu de notre corpus la décision *Lavigne c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 773. Bien que cette décision de la Cour suprême porte en partie sur la *Loi sur les langues officielles*, elle ne porte pas réellement sur les droits linguistiques. La décision détermine les obligations du Commissaire aux langues officielles du Canada en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Plus spécifiquement, le jugement éclairait les limites à la confidentialité des renseignements recueillis durant une enquête du Commissariat.

		dissidents)		<i>officielles</i> du Nouveau-Brunswick <i>Loi sur les municipalités</i> du Nouveau-Brunswick
<i>Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada</i>	2008	Unanime / Cour complète	Obligations linguistiques d'une tierce partie agissant pour le compte du gouvernement du Nouveau-Brunswick	Art. 16.1, 16(2), 20, 24, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> <i>Loi sur la Gendarmerie royale du Canada</i> <i>Loi sur la police</i> du Nouveau-Brunswick <i>Loi sur les véhicules à moteur</i>
<i>DesRochers c. Canada (Industrie)</i>	2009	Unanime / McLachlin, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein	Obligation des institutions fédérales d'offrir des services de qualité égale dans les deux langues officielles	Art. 16, 20, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> Parties IV, VII, X, <i>Loi sur les langues officielles</i> <i>Loi sur le ministère de l'Industrie</i>
<i>Québec (Éducation, loisir et sport) c. Nguyen</i>	2009	Unanime / McLachlin, Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron, Rothstein	Droit à l'instruction dans la langue de la minorité de langue officielle	Art. 59, <i>Loi constitutionnelle de 1982</i> Art. 1, 23, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> Art. 72, 73, 81, 85, <i>Charte de la langue française</i> du Québec
<i>Galganov v. Russell (Township)</i> (Cour d'appel de l'Ontario)	2012	Unanime / Weiler, Sharpe, Blair	Droit d'une municipalité d'imposer le bilinguisme dans l'affichage commercial	Art. 1, 2, 15, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> <i>Loi municipale</i> de l'Ontario <i>Loi sur les services en français</i> de l'Ontario

Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé) (Affaire Montfort)

Nous entamons cette dernière décennie par l'Affaire Montfort, en Ontario. L'Hôpital Montfort est un hôpital à vocation francophone se situant dans l'est de la ville d'Ottawa. Fondée en 1953 par les Sœurs de la Sagesse, cette institution est « le *seul* hôpital en Ontario à fournir un vaste éventail de services de santé et de la formation médicale dans un milieu vraiment francophone »¹¹⁶ (*Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration)*, 2001 CanLII 21164 (ONCA) : au para. 4). En d'autres mots, l'hôpital Montfort est la seule institution de formation médicale en français en Ontario.

En 1996, l'Assemblée législative de l'Ontario a créé une Commission de restructuration des services de santé pour étudier le système de santé de la province et le restructurer de façon à

¹¹⁶ En italiques dans le texte.

faire un meilleur usage des infrastructures existantes. En 1997, la Commission publiait un rapport et faisant connaître son intention de transformer l'hôpital en un centre de jour :

Le budget d'exploitation de l'Hôpital serait sensiblement réduit, ce qui nécessiterait le transfert de son importante unité de cardiologie à l'hôpital d'Ottawa ainsi que la fermeture de sa salle d'urgence et de son unité de soins intensifs de même que l'abandon de la quasi-totalité des autres services typiques d'un hôpital communautaire. Seuls une petite section psychiatrique, une petite unité de soins obstétricaux à faible risque et un service de soins ambulatoires demeuraient ouverts. L'Hôpital ne pourrait plus servir d'hôpital d'enseignement pour le personnel médical francophone et bilingue (Réseau ontarien d'éducation juridique, en ligne : 2).

En 1998, Mme Gisèle Lalonde, ancienne mairesse de la ville de Vanier¹¹⁷ et porte-parole du groupe S.O.S. Montfort, mouvement de protestation de la société civile qui s'est organisé à la suite de la publication du premier rapport de la Commission de restructuration, ainsi que l'Hôpital Montfort et la présidente du conseil d'administration de l'hôpital, Michelle de Courville Nicol (les requérants), entament une poursuite contre la Commission devant la Cour divisionnaire de l'Ontario afin de faire renverser le processus de réduction des services offerts à Montfort. Selon les requérants, le respect des directions de la Commission de restructuration signifie

qu'il sera impossible pour Montfort de continuer d'offrir dans l'avenir des services de soins de santé et de la formation médicale dans un milieu francophone;
par conséquent, Montfort ne pourra continuer à jouer son rôle d'institution essentielle à la survie de la collectivité franco-ontarienne;
le résultat direct de la mise en oeuvre des directives sera de faire augmenter le taux d'assimilation de la minorité franco-ontarienne à la majorité anglophone, taux qui est déjà très élevé (*Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, [1999] O.J. No. 4489 : au para. 3).

En novembre 1999, la Cour divisionnaire rend sa décision, donnant raison aux requérants et renversant la décision de la Commission de restructuration. Selon les juges, la Commission a fait erreur en faisant usage de son pouvoir de restructurer les services de santé de la province, un pouvoir octroyé par l'Assemblée législative ontarienne, sans tenir compte du fait que l'hôpital Montfort était une institution désignée sous la *LSF* de la province. Plus précisément,

la Cour [divisionnaire] a conclu que la désignation de Montfort sous le régime de la *L.S.F.* conférait à la collectivité francophone un droit reconnu par la loi de recevoir des services de santé « dans un milieu vraiment francophone », un droit qui comprenait les établissements nécessaires à l'éducation et à la formation des

¹¹⁷ Vanier a été fusionnée à Ottawa en 2001.

professionnels de la santé en français (*Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration)*, 2001 CanLII 21164 (ONCA) : au para. 55).

La désignation sous la *LSF* protégeait donc Montfort contre la réduction des services proposée par la Commission.

Cette décision a été portée en appel en 2001. Les trois juges de la Cour d'appel de l'Ontario ont encore une fois donné raison à Montfort, à l'unanimité. La décision des juges rappelle que Montfort n'est pas protégé par les droits linguistiques enchâssés dans la *Charte*. Par contre, ces derniers vont mobiliser le principe constitutionnel non écrit de protection des minorités afin d'interpréter la portée de la *LSF* : « le principe du respect et de la protection des droits linguistiques de la minorité peut servir utilement non seulement à interpréter la *L.S.F.*, mais aussi à évaluer la validité des directives de la Commission à la lumière de cette loi » (*ibid.* : au para. 130). Les juges établissent que les objectifs des législateurs ontariens, en adoptant la *LSF*, étaient de protéger la minorité francophone de la province, de faire progresser la langue minoritaire et à favoriser l'égalité des deux langues officielles dans la province, objectifs correspondant au principe de protection des minorités (*ibid.* : au para. 143). Ils en déduisent que l'objectif de la désignation de Montfort sous la *LSF* était de garantir l'ensemble des services qui étaient offerts à Montfort lors de cette désignation (*ibid.* : aux paras. 160-161). Les directives de la Commission de restructuration visant à restreindre ces services ont été jugées non conformes à la *LSF*, et ont été annulées par la Cour d'appel. Cette dernière a renvoyé au Ministre de la santé la responsabilité de les réviser afin qu'elles soient conformes à la décision de la Cour. La province a décidé de ne pas porter cette décision en appel.

Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)

La prochaine décision touche la province de la Nouvelle-Écosse, où la Cour suprême a été appelée à trancher un litige portant sur le droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Depuis de nombreuses années, des parents francophones de la province avaient exercé des pressions sur le gouvernement provincial afin qu'il remplisse ses obligations constitutionnelles dans le domaine de l'instruction dans la langue de la minorité. En 1996, la province de la Nouvelle-Écosse a modifié son *Education Act* afin de respecter ces obligations, notamment en instituant un conseil scolaire francophone pour la province. Par contre, au paragraphe 11(1) du *Education Act*, il était stipulé que la décision de construire ou d'aménager des écoles françaises revenait au ministre de l'Éducation et non au conseil scolaire. Peu après l'adoption de cette

nouvelle loi, des parents francophones de la province ont officiellement demandé au ministère que soient construites des écoles secondaires de langue française dans les cinq districts scolaires d'où ils provenaient (soit Kingston/Greenwood, Chéticamp, Île Madame-Archat (aussi connu sous le nom de Petit-de-Grat), Argyle et Clare), et où existaient déjà des écoles primaires. Le gouvernement n'a jamais remis en question le fait que le nombre d'étudiants éligibles dans ces cinq districts justifiait la construction d'écoles secondaires, et a promis aux parents, ainsi qu'à la Fédération des parents acadiens de la Nouvelle-Écosse, qui les représente, la mise en chantier de ces nouvelles écoles. « De 1997 à 1999, le gouvernement provincial a annoncé la construction d'écoles francophones homogènes à Petit-de-Grat, Clare et Argyle » (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3 : au para. 38). Or, en 1999, la construction de ces écoles n'avait toujours pas eu lieu. C'est pourquoi ce groupe de parents et la Fédération des parents francophones se sont présentés devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse la même année pour ordonner à la province de construire ces écoles et de fournir les programmes d'éducation au niveau secondaire en langue française dans ces cinq districts (*ibid.* : au para. 4).

En première instance, le juge LeBlanc a reconnu aux parents demandeurs des régions de Chéticamp, Île Madame-Archat (Petit-de-Grat), Argyle et Clare le droit à des écoles secondaires homogènes françaises puisque le nombre d'étudiants potentiels le justifiait. Il a indiqué que la province avait manqué à ses obligations en vertu de l'article 23 en ne prenant pas en compte le contexte particulier de la Nouvelle-Écosse, où le taux d'assimilation est, selon le juge, « inquiétant » (*ibid.* : au para. 5). Pour répondre à ses obligations, la province aurait dû agir sans tarder afin de contrer ces taux d'assimilation. Il a ordonné à la province de construire ces écoles et d'offrir les programmes scolaires nécessaires dans les cinq districts touchés dans des délais plus ou moins précis, en faisant « de leur mieux » pour remplir leurs obligations d'ici septembre 2000 (*ibid.* : au para. 7). Finalement, « il [s'est déclaré] compétent pour entendre les comptes rendus des défendeurs sur leur respect de l'ordonnance » et a organisé une prochaine avec les différentes parties pour obtenir ce compte-rendu (*ibid.*). La province a appelé de cette dernière partie de la décision du juge LeBlanc, selon laquelle le juge resterait saisi de l'affaire afin d'entendre les comptes rendus concernant l'avancement des travaux de construction et d'offre de programmes.

La Cour d'appel de la province, dans un jugement majoritaire, a renversé cette section de l'arrêt du juge LeBlanc, expliquant que ce type d'action tombait à l'extérieur des fonctions d'un juge. Selon la Cour d'appel, la règle de Common Law du *functus officio*¹¹⁸ dicte qu'une fois un jugement rendu, un juge a rempli ses fonctions. Il ne pourrait donc légalement rester saisi d'une affaire dont le jugement a déjà été rendu. Le juge Flinn conclue, par ailleurs, que même si la *Charte*, au paragraphe 24(1), permet aux juges d'être créatifs en matière de réparations à des manquements constitutionnels, « la Charte n'élargit pas leur compétence de manière à leur permettre de mettre à exécution les réparations qu'ils accordent » (*ibid.* : au para. 9). Suite à la publication de cette décision, le groupe de parents francophones a décidé d'appeler de celle-ci à la Cour suprême.

Lorsque la cause a été entendue par la Cour suprême, à l'automne 2002, la question en litige était devenue théorique, puisque les écoles et les programmes revendiqués avaient déjà été créés. La Cour a quand même décidé d'entendre la cause, car il subsistait un débat à l'égard de la décision du juge LeBlanc de rester saisi de l'affaire afin d'obtenir des mises à jour sur l'avancement des travaux. Par ailleurs, la question du type de réparations pouvant être octroyées en vertu de la *Charte* restait une question de droit qui ne pouvait pas être éclaircie par le constituant (*ibid.* : au para. 20).

Dans un jugement majoritaire serré de 5 contre 4 voies (les juges Major, Binnie, LeBel et Deschamps étant dissidents), la Cour suprême a donné raison au juge LeBlanc. Selon les juges Iacobucci et Arbour, qui ont rédigé la décision majoritaire, les tribunaux doivent faire preuve de prudence afin de ne pas usurper les pouvoirs du législateur. « Cependant, expliquent les juges, la déférence s'arrête là où commencent les droits constitutionnels que les tribunaux sont chargés de protéger » (*ibid.* : au para. 36). En outre, les juges doivent prendre en compte la teneur du droit en cause et le contexte de chaque affaire qu'ils entendent pour juger de la façon dont leur rôle devrait être circonscrit. À cet effet, la majorité de la Cour suprême croit que le juge LeBlanc avait bien jugé les facteurs historiques et contextuels, notamment le taux d'assimilation alarmant – le « contexte urgent d'érosion culturelle », comme l'indiquent Iacobucci et Arbour (*ibid.* : au para. 40) – et l'histoire moins que reluisante du respect des droits à l'enseignement en langue française dans la province de la Nouvelle-Écosse, dans l'énonciation de sa réparation (*ibid.* : au para. 38).

¹¹⁸ Selon l'arrêt (au para. 77), la définition de « *functus officio* » est la suivante : « Locution latine signifiant 's'étant acquitté de sa fonction'. Se dit d'un tribunal, d'un organisme public ou d'un fonctionnaire qui est dessaisi d'une affaire parce qu'il a cessé l'exercice de sa fonction. »

Cette réparation aurait été utile dans la protection et la mise en application des droits découlant de l'article 23 de la *Charte*, sans empiéter sur les pouvoirs du législateur ou de l'exécutif (*ibid.* : au para. 37).

En ordonnant au gouvernement de faire de son mieux pour fournir des établissements dans des délais déterminés et en se déclarant compétent pour entendre les comptes rendus sur les efforts déployés à cet égard, le juge a tenu compte de la nécessité d'une exécution diligente, des limites du rôle des tribunaux et de l'opportunité de laisser au gouvernement une certaine latitude dans la façon de remplir les obligations que lui impose la Constitution (*ibid.* : au para. 40).

Le juge LeBlanc avait choisi cette réparation parce que le problème à remédier en l'espèce était l'inaction du gouvernement envers ses obligations constitutionnelles. La majorité des juges de la Cour suprême ont crû que cette réparation était « convenable et juste eu égard aux circonstances », dans les limites du paragraphe 24(1) de la *Charte*. Ce paragraphe donnerait en outre aux juges un certain pouvoir discrétionnaire de trouver une réparation qu'ils estiment non seulement convenable et juste, mais aussi *utile* afin de défendre les droits et libertés qui sont brimés dans une situation donnée. Sans les suivis organisés par le juge LeBlanc, les parents et la Fédération de parents auraient dû retourner en Cour à chaque nouveau retard de la part du gouvernement. Cette solution aurait « demandé énormément de temps et de ressources aux parents qui, déjà, attendaient depuis trop longtemps et avaient consacré beaucoup d'énergie à la réalisation de leurs droits » (*ibid.* : au para. 61). En revanche, la réparation du juge LeBlanc avait été mise en œuvre rapidement et sans imposer de fardeau supplémentaire aux parents francophones, afin de répondre à l'urgence de lutter contre l'assimilation de la population francophone de la Nouvelle-Écosse. Le jugement majoritaire de la Cour suprême annula la décision de la Cour d'appel et rétablit la décision de première instance.

Les quatre juges dissidents, pour leur part, maintenaient le jugement de la Cour d'appel. Les juges LeBel et Deschamps, rédigeant la décision minoritaire, ont vu dans la réparation énoncée par le juge LeBlanc un empiètement du judiciaire sur le domaine relevant de l'administration publique, allant à l'encontre du *functus officio* (*ibid.* : au para. 105). De plus, la minorité des juges ont vu dans l'ordonnance du juge LeBlanc un manque de clarté, notamment à savoir quels genres de comptes rendus étaient attendus de la province et si le juge allait présider des rencontres subséquentes entre les parties. Ce flou dans la réparation contribuerait à la

violation des principes d'équité procédurale et de séparation des pouvoirs (*ibid.* : aux paras. 133 et 145).

En somme, la Cour suprême a décidé, par une courte majorité, que les juges avaient les moyens d'assurer l'action d'un gouvernement afin de respecter ses obligations constitutionnelles de façon diligente, lorsqu'il y a « nécessité cruciale que [l'obligation constitutionnelle] soit tenue à temps » (*ibid.* : introduction). Dans le contexte de la Nouvelle-Écosse, les taux d'assimilation subis par la population minoritaire francophone et l'inaction continue du ministère de l'Éducation justifiaient la réparation proposée par le juge LeBlanc.

Raïche c. Canada (Procureur général)

La prochaine décision est un cas unique dans la jurisprudence qui constitue notre corpus, touchant à la représentation démocratique de la minorité francophone du Nouveau-Brunswick. Même si la cause n'a été entendue qu'en Cour fédérale et qu'elle ne s'est jamais rendue en Cour suprême, nous avons décidé de l'inclure à notre analyse. L'affaire porte sur une instance de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de révision des circonscriptions électorales de redécouper les circonscriptions électorales fédérales d'Acadie-Bathurst et de Miramichi, au Nouveau-Brunswick. Tous les dix ans, le découpage des circonscriptions électorales est révisé afin de refléter les mouvements de population et d'assurer une représentation aussi égalitaire que possible entre les différentes circonscriptions. En 2003, la Commission avait décidé de transférer d'Acadie-Bathurst, une circonscription à forte majorité francophone, vers Miramichi, une circonscription majoritairement anglophone, une partie de la paroisse d'Allardville et la paroisse de Bathurst. Ce transfert était proposé afin d'amenuiser l'écart entre Acadie-Bathurst, qui était surpeuplée, et Miramichi, qui était sous-peuplée, par rapport à la moyenne nationale. Le transfert était contesté par des membres francophones des paroisses touchées. Selon ces derniers, la circonscription d'Acadie-Bathurst consistait en une communauté d'intérêts spécifique, notamment au niveau linguistique et économique, et ces intérêts ne seraient pas représentés adéquatement en faisant partie de la circonscription de Miramichi.

La Cour fédérale a été appelée à réviser la décision de la Commission en évaluant si celle-ci portait atteinte à l'article 3 de la *Charte* (garantissant le droit de vote des citoyens canadiens), à l'article 14 de la *Loi sur la révision*, et à la Partie VII de la *LLO*. En premier lieu, le juge Shore a rappelé que la Cour suprême avait établi que l'article 3 de la *Charte* établissait non seulement le droit à la parité du pouvoir électoral (c'est-à-dire que tous les votes à une élection ont un poids

égal), mais aussi un droit à une représentation effective. La représentation effective signifie que des facteurs comme « les caractéristiques géographiques, l'histoire, les intérêts de la collectivité et la représentation des groupes minoritaires devraient être considérés et ils pourraient justifier une dérogation à l'égalité absolue des votes » (*Raïche c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.F. 93 : au para. 30). Le redécoupage des circonscriptions électorales devient une question d'équilibre entre deux principes opposés, soit d'une part, la représentation des individus (la parité du pouvoir électoral entre chaque vote) et de l'autre, la représentation des communautés d'intérêt. Dans le cas d'Acadie-Bathurst, sept affidavits ont été présentés par des résidents de l'ancienne circonscription démontrant qu'elle formait bel et bien une communauté d'intérêt. « Tous les sept attestent qu'il y a de forts liens linguistiques, historiques, sociaux et administratifs en Acadie-Bathurst, et très peu de liens entre les collectivités de l'ancienne circonscription Acadie-Bathurst et celles de Miramichi » (*ibid.* : au para. 33). Ces liens reposent en grande partie sur la force de la communauté acadienne de la région.

La Cour, au paragraphe 47, a accepté de reconnaître l'existence de cette communauté d'intérêts. Toujours selon la Cour, la Commission avait aussi reconnu l'existence de la communauté d'intérêts existant dans Acadie-Bathurst, mais avait donné priorité à la parité du pouvoir électoral, alors que l'écart de -21% entre la circonscription de Miramichi et le quotient électoral était jugé beaucoup trop grand (loin de la marge de manœuvre de 10% que s'était octroyée la Commission). La Cour a jugé que cette décision était raisonnable et n'enfreignait donc pas l'article 3 de la *Charte*.

La Cour est ensuite passée à l'évaluation de la décision de la Commission à la lumière de l'article 15 de la *Loi sur la révision*. Cet article se lit comme suit :

15. (1) Pour leur rapport, les commissions suivent les principes suivants :

a) le partage de la province en circonscriptions électorales se fait de telle manière que le chiffre de la population de chacune des circonscriptions corresponde dans la mesure du possible au quotient résultant de la vision du chiffre de la population de la province que donne le recensement par le nombre de sièges de député à pourvoir pour cette dernière [...]

b) sont à prendre en considération les éléments suivants dans la détermination de limites satisfaisantes pour les circonscriptions électorales :

(i) la communauté d'intérêts ou la spécificité d'une circonscription électorale d'une province ou son évolution historique ;

(ii) le souci de faire en sorte que la superficie des circonscriptions dans les régions peu peuplées, rurales ou septentrionales de la province ne soit pas trop vaste.

(2) Les commissions peuvent déroger au principe énoncé par l’alinéa (1)a chaque fois que cela leur paraît souhaitable pour l’application des sous-alinéas 1(b)(i) et (ii). Le cas échéant, elles doivent toutefois veiller à ce que, sauf dans les circonstances qu’elles considèrent comme extraordinaires, l’écart entre la population de la circonscription électorale et le quotient mentionné à l’alinéa (1)a) n’excède par vingt-cinq pour cent.¹¹⁹

À la lumière de cet article, le juge Shore a décidé que la Commission n’avait pas agi selon l’esprit de la loi. Cette dernière n’avait pas pris en compte la communauté d’intérêt ou la géographie de la région comme raisons de déroger d’un écart de 10%, puisque la loi leur permettait d’aller jusqu’à un écart de 25% (*ibid.* : au para. 72). Comme l’explique le juge, « la preuve démontre qu’elle [la Commission] a refusé de considérer si le paragraphe 15(2) était applicable à la circonscription d’Acadie-Bathurst. [...] Les chiffres étaient la seule et unique raison pour ajouter des paroisses à Miramichi » (*ibid.* : au para. 74).

À l’époque, des témoins sont intervenus devant la Cour pour affirmer que la minorité acadienne de la circonscription de Miramichi n’avait pas de représentation, d’autant plus que le député élu à l’époque était un unilingue anglophone. Le député d’Acadie-Bathurst a témoigné que des résidents de la circonscription de Miramichi le contactaient pour obtenir de l’aide, puisque son bureau fonctionnait en français. La Cour a reconnu que « la réalité d’une démocratie est qu’un député, partagé entre les besoins de la majorité et ceux d’une minorité, choisira souvent de défendre les intérêts de la majorité » (*ibid.* : introduction).

Finalement, la Cour devait décider si la décision de la commission allait à l’encontre de la Partie VII de la *LLO*, visant la promotion des deux langues officielles. La partie VII de la *LLO* à l’époque où la Cour a été saisie du litige ne contenait que l’article 41, qui stipulait que « [l]e gouvernement fédéral s’engage à favoriser l’épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada et à appuyer leur développement, ainsi qu’à promouvoir la pleine reconnaissance et l’usage du français et de l’anglais dans la société canadienne ». La Cour a reconnu que la *LLO* et la *Loi sur la révision* avaient des buts semblables, soit la protection et l’épanouissement de certaines communautés d’intérêts (ici, la communauté francophone du Nord-Est du Nouveau-Brunswick). Puisque la Partie VII de la *LLO* était à cette époque déclaratoire et non exécutoire, la Cour a interprété la loi de façon à lui permettre d’entendre un contrôle judiciaire, mais seulement dans la mesure où elle devait faire preuve d’une grande déférence

¹¹⁹ Nous soulignons.

envers la Commission. La Cour a décidé que la Commission avait tenté d'appliquer la Partie VII de la *LLO*, mais qu'elle s'était basée sur des faits erronés (notamment la présomption du respect des communautés de langue officielle en transférant les paroisses francophones d'Acadie-Bathurst vers Miramichi). Comme l'explique le juge Shore, « en disant que l'ajout des acadiens [*sic*] à la circonscription de Miramichi allait augmenter [...] le pouvoir politique de la collectivité acadienne, [la Commission] est manifestement déraisonnable » (*ibid.* : au para. 103), d'autant plus que ce transfert n'occasionnait pas une augmentation du pourcentage de francophones dans la circonscription de Miramichi.

La décision de la Commission a été invalidée par la Cour fédérale parce qu'elle n'a pas respecté l'article 15 de la *Loi sur la révision* et la Partie VII de la *LLO*. Toutefois, la Cour n'avait pas le pouvoir de remplacer la décision de la Commission ou de rétablir les anciennes limites de la circonscription d'Acadie-Bathurst. C'est pourquoi elle a suspendu pour une période d'un an sa déclaration d'invalidité afin que les autorités réagissent au jugement et fassent une réévaluation du découpage électoral de la région.

Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)

L'interprétation du droit à l'instruction dans la langue de la minorité demeure un enjeu à la Cour suprême, comme en témoignent, en 2004, deux causes provenant du Québec qui contestaient la constitutionnalité des articles 72 et 73 (*CLF*) eu égard à l'accès aux écoles de la minorité. C'était la première fois depuis 1984¹²⁰ que les juges devaient interpréter la portée de l'article 23 au Québec. Dans le cas de *Solski*, il s'agissait en fait d'un appel de la part de la famille Casimir. Les Solski sont responsables des débuts du litige devant les tribunaux. En 1990, ils avaient quitté la Pologne pour s'installer au Canada de façon temporaire pour des raisons professionnelles. Leurs deux enfants avaient alors eu droit à l'accès temporaire aux écoles anglaises, conformément à la *CLF*. En 1993, ils ont fait demande de citoyenneté canadienne. En 1994, leur certificat temporaire est arrivé à expiration et les deux enfants ont commencé à fréquenter l'école française, jusqu'en 1997, moment où la famille a obtenu la citoyenneté canadienne. Les deux enfants sont allés à l'école anglophone durant l'année scolaire 1997-1998 sans avoir obtenu d'autorisation de la part du ministère. Lors de la réinscription scolaire à l'été 1998, l'école anglophone qu'ils fréquentaient a demandé de voir leur certificat d'admissibilité. Le responsable du ministère de

¹²⁰ Dans le cadre de l'affaire *Quebec Protestant School Boards*.

l'Éducation, puis le Tribunal administratif du Québec (TAQ), ont tous deux rejeté la demande d'obtention de ce certificat pour les deux enfants Solski. Selon ces deux instances, leur parcours scolaire ne comprenait pas une majorité de la scolarité complétée en langue anglaise, car l'exemption pour séjour temporaire et l'année de fréquentation sans autorisation en 1997-1998 ne devaient pas compter dans le calcul en vertu de l'article 73 de la *CLF (Solski (Tuteur de) c. Québec (P.G.))*, [2005] 1 R.C.S. 201, au para. 14). Edwidge Casimir, pour sa part, est une Canadienne mère de deux enfants. Sa fille avait fait sa première et sa deuxième année du primaire dans une école d'immersion de la région d'Ottawa. Suite au déménagement de la famille à Montréal, en 2000, Mme Casimir avait fait demande pour obtenir une autorisation d'envoyer sa fille dans une école anglaise, ce qui lui a été refusé (*ibid.* : au para. 15). Finalement, Marie Lacroix est une Canadienne ayant fait ses études primaires et secondaires en français au Québec. Sa fille avait fait ses deux premières années d'études dans une école privée de langue française. Elle a ensuite été inscrite dans une école privée où la majorité de l'instruction avait lieu en anglais¹²¹. Mme Lacroix a fait une demande d'autorisation d'inscrire sa fille dans une école anglaise publique, ce qui lui avait aussi été refusé (*ibid.* : au para. 16).

Pendant leur recours devant le TAQ, les Solski s'étaient aussi présentés devant la Cour supérieure du Québec pour demander un jugement déclaratoire selon lequel le paragraphe 73(2) de la *CLF*¹²² était incompatible avec l'article 23 de la *Charte* parce qu'il limitait de façon inconstitutionnelle l'accès aux écoles de la minorité linguistique au Québec. Le critère de la « majeure partie » des études de l'enfant dans la langue de la minorité comme critère d'accès aux écoles anglophones était selon eux l'aspect problématique de ce texte de loi. La Cour supérieure a donné raison aux Solski et a permis aux enfants de s'inscrire à l'école anglaise. Le procureur général du Québec a appelé cette décision, mais puisque les Solski ne souhaitaient pas se présenter devant la Cour d'appel, cette dernière a autorisé les Casimir et Lacroix à intervenir. La Cour d'appel a renversé la décision de la cour de première instance en constatant que le critère de la « majeure partie » du paragraphe 73(2) de la *CLF* permettait au ministre de garder un certain pouvoir discrétionnaire sur l'octroi d'autorisations d'accès aux écoles de la minorité. Mme

¹²¹ L'historique de la cause ne spécifie pas pendant combien de temps elle a été inscrite à cette école.

¹²² Cet article énonce que « les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et qui ont reçu ou reçoivent un enseignement primaire ou secondaire en anglais au Canada, de même que leurs frères et sœurs, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire ou secondaire reçu au Canada » peuvent être admis à l'école de la minorité anglophone.

Casimir a décidé de faire appel de cette décision à la Cour suprême en 2002. Mme Lacroix a décidé de ne pas participer à cet appel. Mme Casimir demandait donc à la Cour suprême de réviser la constitutionnalité de l'article 73 de la *CLF*. La Cour a rendu un jugement unanime selon lequel l'article 73 de la *CLF* n'est pas inconstitutionnel, à condition d'être interprété de façon correcte, c'est-à-dire que le critère de la « majeure partie » devrait être aussi compris en termes qualitatifs et non purement quantitatifs.

En premier lieu, selon les juges, l'application de l'article 23 doit tenir compte des situations différentes, notamment du contexte historique et social, de chacune des provinces et des communautés de langue officielle majoritaire et minoritaire qui y habitent. La situation de la minorité linguistique anglophone du Québec ne peut être jugée équivalente à celle de la minorité francophone hors Québec. Les juges soulignent l'impératif, dans leur interprétation des dispositions constitutionnelles, de « concilier des priorités et intérêts parfois divergents et de ménager l'avenir de chaque communauté linguistique » (*Solski* : au para. 5).

Dans le cas du Québec, le législateur « doit disposer de la latitude suffisante pour assurer la protection de la langue française tout en respectant les objectifs de l'art. 23 » (*ibid.* : au para. 34). Selon les juges, tant le ministère que le procureur général du Québec avaient interprété cette section du texte de loi de façon purement mathématique dans les instances inférieures, ce qui avait comme résultat une restriction des droits à l'instruction dans la langue de la minorité.

L'évaluation du cheminement scolaire de l'enfant doit « permet[re] de déterminer si cet enfant a reçu une partie importante – sans qu'il s'agisse nécessairement de la plus grande partie – de son instruction, considérée globalement, dans la langue de la minorité. En fait, le cheminement scolaire antérieur et actuel est le meilleur indice d'engagement authentique à cheminer dans la langue d'enseignement de la minorité (*ibid.* : au para. 27).

Autrement dit, une évaluation à la fois objective et subjective du parcours de l'enfant, c'est-à-dire qui prenait en compte son cheminement antérieur et actuel, mais aussi l'authenticité de son engagement envers la communauté minoritaire de langue officielle, serait nécessaire pour correspondre à l'objet de l'article 23, soit la protection et le renforcement de la communauté linguistique minoritaire (*ibid.*).

Pour conclure, à la lumière de l'application de l'article 73 de la *CLF* entendue dans les termes explicités par la Cour suprême, les enfants Casimir ont eu le droit de s'inscrire dans les écoles publiques de la minorité. La Cour a aussi décidé de se prononcer sur le statut des enfants Lacroix par mesure de clarté, puisque Mme Lacroix était intervenue devant la Cour d'appel du

Québec. Le temps passé par les enfants Lacroix dans une école anglaise privée non subventionnée aurait aussi dû compter dans le calcul de leur parcours scolaire effectué par le ministère.

Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)¹²³

L'affaire *Gosselin*, comme la décision précédente, a trait à l'accès aux écoles de la minorité au Québec. Presque tous les appelants (soit 14 sur 16) étaient des citoyens canadiens résidant dans la province de Québec et qui avaient reçu leur enseignement primaire et secondaire en français dans cette province. C'était des membres de la majorité linguistique du Québec qui remettaient en question les dispositions linguistiques de la province et du pays. Leurs enfants n'étaient pas éligibles aux écoles de la minorité en vertu de l'article 23 de la *Charte* ainsi que de l'article 73 de la *CLF*. Les appelants considéraient que ces deux dispositions allaient à l'encontre du droit à l'égalité reconnu aux articles 15 de la *Charte* canadienne et 10 et 12 de la *Charte* québécoise en établissant une distinction entre les enfants dont l'accès à ces écoles était permis et les enfants de la majorité au Québec (*Gosselin (Tuteur de) c. Québec (P.G.)*, [2005] 1 R.C.S. 238 : au para. 1). La demande de ces parents avait été rejetée tant en Cour supérieure (2000) qu'en Cour d'appel du Québec (2002).

La Cour suprême, à l'unanimité, a aussi rejeté la demande de Gosselin et des autres demandeurs. Les juges ont déterminé que les parents, membres de la majorité linguistique de la province, n'étaient pas les bénéficiaires des droits inscrits à l'article 23 de la *Charte*. L'objet de l'article 23, soit « la protection et l'épanouissement de la minorité linguistique dans chacune des provinces » (*ibid.* : au para. 28), ne pourrait pas être respecté si les écoles de la minorité étaient en libre accès et couraient le risque d'être submergés par les enfants de la majorité linguistique. De plus, au Québec, l'ouverture des écoles anglaises à tous irait à l'encontre de la volonté du législateur de protéger et de favoriser la langue française, majoritaire dans la province mais minoritaire dans le reste du pays (*ibid.* : au para. 31).

Par ailleurs, les juges ont affirmé que la constitution canadienne ne contenait pas de hiérarchie des droits, c'est-à-dire que les droits à l'égalité ne pouvaient pas invalider d'autres

¹²³ Bien que les décisions *Solski* et *Gosselin* ont été entendues et rendues par la Cour suprême les mêmes jours et touchent plusieurs dispositions similaires, nous avons décidé de traiter de les deux décisions de façon séparée parce que la situation des familles était différente dans les deux affaires et que la complexité des détails pouvait porter à confusion lorsque ces deux décisions étaient lues de façon concomitante.

dispositions constitutionnelles comme l'article 23. De plus, l'égalité réelle entre groupes linguistiques étant désormais la norme dans le cadre de l'enseignement dans la langue de la minorité, celle-ci « peut exiger un traitement différent »¹²⁴ de la minorité par rapport à la majorité, comme les juges l'avaient énoncé dans *Arsenault-Cameron* (*ibid.* : au para. 15). Le droit à l'égalité ne va pas à l'encontre des dispositions de l'article 23, car l'article 23 vise justement la « concrétisation [de l'égalité] dans le cas des minorités linguistiques, pour leur offrir un enseignement adapté à leur situation et à leurs besoins particuliers et équivalent à l'enseignement offert par la majorité » (*ibid.* : au para. 21). Pour toutes ces raisons, les juges ont conclu que le droit à l'instruction dans la langue de la minorité énoncé à l'article 23 de la *Charte*, et par les articles 72 et 73 de la *CLF*, n'allait pas à l'encontre du droit à l'égalité et que les parents de la majorité francophone du Québec ne pouvaient pas revendiquer l'accès aux écoles de la minorité.

Charlebois c. Saint John (Ville) (Charlebois n°2)

Toujours en 2005, Mario Charlebois, un résident de la ville de Moncton, se retrouve devant la Cour suprême dans un litige mettant en cause la ville de Saint John au Nouveau-Brunswick. Il contestait une contravention de stationnement écrite en anglais seulement par la Ville, par le moyen d'une requête rédigée en français seulement. La Ville et le procureur général du Nouveau-Brunswick ont tenté, par l'entremise d'une demande écrite en anglais seulement et plaidée en anglais seulement devant le juge, de faire annuler la contestation de Charlebois (Commissariat aux langues officielles, « *Charlebois c Saint John (Ville) (2005)* » : en ligne). Ce dernier a intenté un litige pour s'opposer à l'utilisation de la langue anglaise par la Ville et ses représentants. Selon lui, l'article 22 de la *Loi sur les langues officielles* du Nouveau-Brunswick (*LLONB*) s'appliquait aux municipalités de la province et aurait obligé la Ville de Saint John d'utiliser la langue qu'il avait choisie, soit le français. L'article 22 de la *LLONB* se lit comme suit :

22. Dans une affaire civile dont est saisi un tribunal et à laquelle est partie Sa Majesté du chef du Nouveau-Brunswick ou une institution, Sa Majesté ou l'institution utilise, pour les plaidoiries orales et écrites et pour les actes de procédure qui en découlent, la langue officielle choisie par la partie civile.

La Cour du banc de la Reine et la Cour d'appel ont toutes deux refusé de donner raison à Charlebois, concluant que les institutions mentionnées à l'article 22 de la *LLONB* ne

¹²⁴ Souligné dans le texte.

comprennent par les municipalités. La Cour suprême, par une décision serrée de 5 contre 4, a rendu un verdict entérinant la position des cours inférieures. La juge Charron, pour la majorité, a conclu que les « institutions » énumérées à l'article 1 de la Loi, et ciblées par son article 22, ne comprenaient pas les municipalités. Les mots « cité » ou « municipalité » étaient absents de la liste des « institutions » définies par l'article 1. Les mots « cité » et « municipalité » étaient définis de façon séparée, plus loin dans le même article. Il existait une rubrique intitulée « Municipalités » regroupant les articles 35 à 38 de la *LLONB*, énonçant des obligations linguistiques plus restreintes qu'à l'article 22. De cette analyse du texte de loi, la majorité des juges a déduit que les municipalités ne sont pas concernées par l'article 22 de la *LLONB*. L'article 37 de la *LLONB* permettrait aux municipalités de choisir de se déclarer liées par les autres obligations linguistiques générales imposées aux institutions, ce que la ville de Saint John n'avait pas fait. Puisque cette approche respectait la cohérence interne de la *LLONB* et ne créait aucune incohérence, il n'y a pas lieu selon la Cour d'invoquer les principes d'interprétation de la *Charte* afin de clarifier les obligations de bilinguisme institutionnel de la ville.

Dans son jugement, la juge Charron a pris en compte la décision de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick *Charlebois c. Moncton* de 2001, stipulant que les municipalités faisaient partie des « institutions de la Législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick » au sens du paragraphe 16(2) de la *Charte*, comme nous l'avons exposé plus haut. Selon la juge, cette décision était incidente puisque la question en litige dans la décision de 2001 ne portait pas sur le paragraphe 16(2) de la *Charte* mais sur le paragraphe 18(2); son pouvoir jurisprudentiel en était réduit. De plus, la question posée à la Cour suprême, au contraire de l'affaire de 2001, ne portait pas sur la *Charte*, mais sur la *LLONB*. La *LLONB* représentant la réponse du législateur à ses obligations constitutionnelles; « [i]l n'y aurait donc pas lieu de court-circuiter l'analyse au moyen d'une présomption générale de conformité à la *Charte* » (*Charlebois c. Saint John (Ville)*, [2005] 3 R.C.S. 563 : au para. 15). Selon Charron, la structure du texte de loi provincial ne serait cohérente que si le mot « institution » est interprété comme n'incluant pas les municipalités. La volonté du législateur aurait été d'étendre le bilinguisme aux seuls organismes couverts par la liste des « institutions » à l'article 1 de la *LLONB*. Il découle de cette interprétation qu'en matière de litiges civils, chaque justiciable a le loisir de choisir sa langue officielle d'expression.

Le juge Bastarache, pour sa part, a rédigé les motifs dissidents pour la minorité, auxquels ont souscrit les juges Binnie, LeBel, et Deschamps. Il a commencé par rappeler un élément

contextuel qu'il considérait important : la *LLONB* avait été révisée en 2002, après que la décision *Charlebois c. Mowat et Ville de Moncton*, 2001 NBCA 117, ait été rendue. Prenons un moment pour expliquer cette décision de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, rendue en 2001.

L'affaire de 2001 portait aussi sur la portée des obligations de la province du Nouveau-Brunswick envers le bilinguisme municipal, et plus précisément si ces obligations allaient jusqu'à obliger le bilinguisme des arrêtés municipaux de la Ville de Moncton. M. Charlebois (le même que dans la présente affaire) avait reçu une ordonnance unilingue anglaise de la ville de Moncton, selon laquelle un duplex dont il était propriétaire enfreignait le Code national du bâtiment. Ce code s'appliquait à tout le territoire de la Ville en vertu d'un arrêté municipal, celui-ci aussi adopté en langue anglaise seulement. M. Charlebois a contesté la légalité de l'arrêt municipal Z-4 et de l'ordonnance en vertu des dispositions constitutionnelles de la *Charte* touchant le Nouveau-Brunswick, ainsi que les dispositions législatives de la *Loi sur l'égalité des communautés linguistiques officielles du Nouveau-Brunswick* et de la *LLONB*.

Le juge de première instance avait refusé, en 2000, de déclarer invalide l'arrêt municipal Z-4 et l'ordonnance. Selon ce dernier, la ville de Moncton n'avait pas d'obligation constitutionnelle d'adopter ses arrêtés dans les deux langues officielles. M. Charlebois a appelé cette décision. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a décidé de donner raison à M. Charlebois en 2001. Les juges Daigle, Ayles et Larlee ont déclaré que les règlements municipaux de la ville de Moncton devaient être adoptés dans les deux langues officielles, en vertu des articles 18(2) et 32(1)b) de la *Charte*. Selon les juges, la Cour suprême avait instigué une tradition d'interprétation large et libérale des droits linguistiques, ainsi qu'une tradition d'interprétation de la constitution à plus largement parler selon la théorie de « l'arbre vivant »¹²⁵, c'est-à-dire dans l'optique de l'évolution de la constitution avec la société canadienne. Ils ont ensuite étudié les arrêts *Blaikie n°1* et *n°2* pour en ressortir le constat que la Cour suprême avait donné à l'expression « lois de la Législature », employé à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, un sens large, sans toutefois aller jusqu'à l'étendre aux arrêtés municipaux (*Charlebois c. Mowat et ville de Moncton (Charlebois n°1)*, 2001 NBCA 117 : au para. 36). Ils ont aussi repris le jugement dissident du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Société des Acadiens* afin de justifier une autre approche aux dispositions de la *Charte* : « À mon avis, l'interprétation donnée

¹²⁵ Nous avons déjà expliqué en plus grands détails l'origine et la signification de cette théorie au chapitre 4.

à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'est nullement déterminante en ce qui concerne celle que doivent recevoir les dispositions de la *Charte* » (Dickson, cité dans *ibid.* : au para. 44). Ils ont cité le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Manitoba)* de 1993 afin de souligner l'importance de tenir compte du contexte linguistique provincial dans l'application des dispositions linguistiques constitutionnelles. Pour les juges de la Cour d'appel, la volonté du législateur provincial d'enchâsser, dans la Constitution, la *Loi sur les langues officielles* et la *Loi sur l'égalité des communautés linguistiques officielles* du Nouveau-Brunswick était tributaire d'une volonté de favoriser l'égalité des deux langues et des deux communautés linguistiques de la province. Par ailleurs, ils ont déterminé qu'un arrêté municipal devrait être compris comme un texte législatif pouvant faire partie des « lois de la Législature », terme utilisé au paragraphe 18(2) de la *Charte*. La *Charte* s'applique aussi municipalités en vertu du paragraphe 32(1) car les municipalités sont créées par des lois de l'Assemblée législative. Comme l'expliquent les juges,

les municipalités au Nouveau-Brunswick sont des créatures de la province, exercent des pouvoirs gouvernementaux qui leur sont conférés par la législature ou le gouvernement, et tirent tous leurs pouvoirs de la loi. Elles doivent aussi agir dans les limites de leur loi habilitante et leurs fonctions sont clairement gouvernementales (*ibid.* : au para. 106).

Finalement, comme la *Loi sur l'urbanisme* constitue une délégation des pouvoirs de la province vers les municipalités, ces pouvoirs devraient être assujettis, comme la province, aux obligations constitutionnelles retrouvées au paragraphe 18(2) de la *Charte*.

La Cour d'appel a conclu que les municipalités du Nouveau-Brunswick étaient assujetties au paragraphe 18(2) de la *Charte*. Par conséquent, la Cour a invalidé l'arrêté municipal Z-4 ainsi que tous les arrêtés municipaux de la ville de Moncton n'ayant pas été adoptés dans les deux langues officielles. Toutefois, afin de ne pas créer un vide juridique en déclarant invalides, de façon incidente, tous les autres arrêtés municipaux de la ville, les juges ont pris exemple sur la Cour suprême dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba de 1985* et ont suspendu l'effet de la déclaration d'invalidité pendant un an, afin que le conseil municipal puisse corriger l'inconstitutionnalité des arrêtés municipaux (*ibid.* : au para. 126). Ainsi, la Cour a donné un sursis d'une année au conseil municipal de Moncton pour que les arrêtés municipaux unilingues en vigueur soient traduits et adoptés à nouveau dans les deux langues officielles.

Revenons au jugement minoritaire de la Cour suprême. Selon le juge Bastarache, c'était l'intention du gouvernement provincial de donner suite à ce jugement de la Cour d'appel, en

incorporant, dans la *LLONB*, ses obligations constitutionnelles désormais clarifiées. Il a conféré plus d'importance à ce jugement que la majorité de la Cour. Selon le juge Bastarache, le premier arrêt *Charlebois* avait effectivement fait des municipalités de la province des « institutions de la Législature et du gouvernement » (*ibid.* : au para. 29). Il y a lieu d'interpréter la *LLONB* avec la présomption selon laquelle la province avait voulu respecter la *Charte* et faire des municipalités des « institutions » en bonne et due forme (*ibid.* : au para. 40).

Par ailleurs, pour Bastarache, les droits de la *LLONB* ne devaient pas être interprétés « de façon atténuante afin d'éliminer les incohérences » comme le suggérait la majorité, mais de façon « à donner un sens logique au régime global en tenant compte de l'impératif constitutionnel d'interpréter de manière téléologique les droits linguistiques » (*ibid.* : au para. 36). Cette interprétation vise la protection des minorités, comme énoncé dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, et la promotion, le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada, tel qu'énoncé dans l'arrêt *Beaulac*. De plus, le bilinguisme institutionnel est un droit positif qui doit être accordé au public et non aux institutions, toujours suivant l'arrêt *Beaulac*. En devant donner sens à un texte de loi dont la rédaction était de toute évidence imparfaite, les juges n'auraient pas dû se replier sur une interprétation atténuante afin de retrouver la cohérence interne du texte, d'autant plus que l'intention du législateur de se conformer à la première décision *Charlebois* faisait partie du contexte d'adoption de la *LLONB* de 2002.

Pour Bastarache, en admettant que les municipalités de la province étaient bel et bien assujetties à l'article 22 de la *LLONB*, « les éléments de preuve produits en cours d'instance » et « la jurisprudence citée ou incorporée dans un recueil » (*ibid.* : introduction) n'auraient pas eu à être traduits par la Ville de Saint John, parce que ces éléments ne sont pas couverts par les termes « plaidoirie » et « acte de procédure », retrouvés à l'article 22. Bastarache aurait donc accueilli le pourvoi de Charlebois contre Saint John, mais seulement en partie. En conclusion, la majorité de la Cour suprême a déclaré que selon la *LLONB*, les municipalités ne sont pas des « institutions » au terme de l'article 1, déboutant Charlebois dans son pourvoi.

Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada (Affaire Paulin)

La prochaine décision de la Cour suprême pertinente pour notre propos a aussi pris place au Nouveau-Brunswick. Cette cause portait sur les obligations linguistiques de la Gendarmerie royale du Canada (GRC), qui agissait en tant que police provinciale, grâce à une entente entre le gouvernement du Nouveau-Brunswick et le gouvernement fédéral. La GRC est considérée

comme étant une « institution fédérale » au sens de l'article 3 de la *LLO* fédérale. En tant que telle,

[I]a *LLO* du Canada et son Règlement, le *Règlement sur les langues officielles - communications avec le public et la prestation de services* [...] déterminent les points de service de la GRC qui sont tenus d'offrir leur services au public et de communiquer dans l'une ou l'autre des langues officielles au Nouveau-Brunswick (*Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick c. Canada*, 2005 CF 1172 : à l'alinéa 6G).

L'enjeu de la prestation de services en français par la GRC au Nouveau-Brunswick a été soulevé à la suite de deux évènements. Le 26 avril 2000, Marie-Claire Paulin, une résidente francophone de la province, est interpellée en anglais seulement par un agent de la GRC pour excès de vitesse sur l'autoroute transcanadienne dans la région de Woodstock. Toutefois, sa contravention est émise en français (*ibid.* : à l'alinéa 6H). Mme Paulin a payé son amende, mais a ensuite entamé une procédure judiciaire déclaratoire visant à « faire affirmer son droit de recevoir, en vertu du par. 20(2) de la *Charte*, des services de police dans la langue officielle de son choix » (*Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada*, [2008] 1 R.C.S. 383 : au para. 3). Nous rappelons que ce paragraphe stipule que « [l]e 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 ».

Dans la foulée, la Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick (SAANB), l'organisme porte-parole de la communauté acadienne de la province, a demandé à la Cour fédérale de clarifier les obligations linguistiques de la GRC lorsqu'elle agit en tant que police pour la province. Cette demande est déposée après qu'un rapport de la GRC recommande de « réduire les obligations de la GRC en matière de communications orales en français dans la région de l'Atlantique » (*ibid.* : au para 4). Selon la SAANB, la révision des exigences linguistiques de la GRC sur le territoire du Nouveau-Brunswick devrait prendre en compte la spécificité linguistique de la province.

Les deux actions ont été réunies en Cour fédérale afin que les juges puissent décider si la GRC, lorsque engagée par contrat à offrir des services de police dans la province du Nouveau-Brunswick, devait respecter la *LLONB* ou la *LLO* fédérale, moins généreuse (*ibid.* : au para. 2). En 2005, la Cour fédérale a rendu sa décision, selon laquelle la GRC, bien qu'étant une institution fédérale, était assujettie aux lois provinciales lorsqu'elle servait en tant que police provinciale en vertu de son contrat. Elle était liée aux obligations constitutionnelles de l'article

20(2) de la *Charte*. La Cour d'appel avait cassé ce jugement en 2006, en émettant une décision selon laquelle la GRC était seulement tenue d'assumer les obligations linguistiques en vertu de la *LLO* fédérale.

Le jugement de la Cour suprême, rendu en 2008, a été rédigé par le juge Bastarache pour une Cour unanime. Selon Bastarache, la Cour de première instance avait eu raison de déclarer que la GRC était assujettie à l'article 20(2) de la *Charte* lorsqu'elle agissait en tant que police provinciale au Nouveau-Brunswick. Comme le juge l'explique, bien que la GRC soit une institution fédérale, « [s]i la GRC prend en charge une fonction du gouvernement du Nouveau-Brunswick, elle doit alors être assimilée à une institution provinciale et assumer les mêmes obligations que celle-ci » (*ibid.* : au para. 3). La GRC devrait donc fournir des services de police provinciale dans les deux langues officielles sur le territoire du Nouveau-Brunswick.

DesRochers c. Canada (Industrie) (Affaire CALDECH)

En 2008, la Cour suprême doit se pencher à nouveau sur la qualité des services gouvernementaux dans les deux langues officielles alors qu'elle est saisie de l'affaire *DesRochers* (aussi appelée l'affaire CALDECH) en Ontario. Celle-ci porte sur l'obligation constitutionnelle d'un organisme agissant pour le compte du gouvernement fédéral d'offrir des services de développement économique régional de qualité égale dans les deux langues officielles dans la région de l'Huronie, dans le centre de l'Ontario. Cette région à forte majorité anglophone avait été ciblée par un programme de développement régional d'Industrie Canada, appelé « programme de développement des communautés » (*DesRochers c. Canada (Industrie)*, [2009] 1 R.C.S. 194 : au para. 7). Ce programme avait été mis en œuvre en Huronie par la société d'aide au développement des collectivités (SADC) de Simcoe Nord.

Toutefois, selon les francophones de la région, les services en français étaient considérés lacunaires à la SADC. Cette dernière était incapable de fournir ses services en français. En 1995, la Corporation de développement économique communautaire CALDECH est créée pour remédier à ces lacunes. CALDECH ne bénéficiait pas du financement d'Industrie Canada mais de Patrimoine canadien et de la Fondation Trillium de l'Ontario (*ibid.* : au para. 10). En 2000, Raymond DesRochers, le directeur général de CALDECH, a formulé une plainte auprès du Commissariat aux langues officielles (CLO) selon laquelle la SADC de Simcoe Nord ne remplissait pas son mandat dans les deux langues officielles. En 2001, le CLO conclue dans son rapport d'enquête que la plainte de DesRochers était fondée et qu'Industrie Canada manquait à

ses obligations en vertu des parties IV et VII¹²⁶ de la *LLO* fédérale. Le CLO « recommande qu'Industrie Canada prenne des mesures pour que les services fournis par Simcoe Nord aux collectivités d'expression française soient de qualité égale à ceux offerts aux collectivités d'expression anglaise » et que l'engagement du fédéral en vertu de l'article 41 de la *LLO* soit satisfait (*ibid.* : au para. 11). Industrie Canada a alors décidé de financer CALDECH afin d'offrir ses services en français entre mars 2001 et août 2002. Pendant ce temps, le ministère effectuerait les changements nécessaires pour que Simcoe Nord soit en mesure d'offrir des services adéquats dans les deux langues officielles (*ibid.* : au para. 12). Toutefois, ces changements n'étaient pas adéquats aux yeux du CLO, qui concluait, dans des rapports de suivi datant de 2003 et 2004, que Simcoe Nord « ne respectait toujours pas entièrement les parties IV et VII de la *LLO* » (*ibid.* : au par. 13). DesRochers et CALDECH ont alors formé un recours devant la Cour fédérale en vertu de la Partie X de la *LLO*¹²⁷ demandant, entre autres, une déclaration selon laquelle Simcoe Nord continuait de contrevenir à ses obligations linguistiques et « une ordonnance accordant à CALDECH un financement permanent et stable » (*ibid.* : au para. 14).

La Cour fédérale a rendu son jugement en 2005 et a conclu que la *LLO* s'appliquait à Simcoe Nord en tant qu'institution fédérale et que cette dernière avait l'obligation d'offrir des services dans les deux langues officielles. Toutefois, la Partie VII, sur laquelle reposait une grande partie de l'argumentaire de DesRochers et CALDECH, n'était encore à l'époque qu'un article déclaratoire, et ne pouvait pas être invoqué dans le cadre d'un recours judiciaire. Le juge Harrington a conclu que Simcoe Nord avait pris les mesures correctives afin d'offrir des services dans les deux langues officielles « de manière égale, même si ce n'était 'pas avec autant de succès que M. DesRochers et CALDECH le souhaiteraient' » (*ibid.* : au para. 25).

Desrochers et CALDECH ont appelé de la décision. Entretemps, le 25 novembre 2005, une modification législative à la *LLO* est entrée en vigueur, rendant la Partie VII de la loi exécutoire. Pour sa part, la cour d'appel fédérale rendra son jugement en 2007. Le juge Létourneau décidait que les services offerts par Simcoe Nord devaient être de qualité égale dans les deux langues officielles, mais que cette égalité ne signifiait pas que « Simcoe Nord [était]

¹²⁶ La Partie IV de la *LLO* porte sur les obligations gouvernementales en matière de communication avec le public et de prestation de services dans les deux langues officielles. La Partie VII, pour sa part, porte sur ses obligations envers la promotion des langues officielles.

¹²⁷ La Partie X de la *LLO* porte sur les recours judiciaires pouvant être intentés en Cour fédérale par « quiconque a saisi le commissaire d'une plainte » portant sur certains aspects de la *LLO*. Elle énonce les sections de la *LLO* qui sont justiciables.

tenue de prendre en compte les besoins particuliers de la communauté francophone dans l'élaboration et la mise en œuvre de ses programmes » (*ibid.* : au para. 28). L'accès linguistique aux services devait être égal, mais cela ne voulait pas dire que les services en tant que tels seraient égaux.

En 2008, la Cour suprême a accepté d'entendre l'appel de la décision de la Cour d'appel fédérale. La juge Charron a rédigé la décision, pour une cour unanime. Selon celle-ci, la question en litige était désormais de déterminer si Simcoe Nord avait respecté ses obligations en vertu de l'article 22 de la *LLO*, qui stipule que

22. Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que le public puisse communiquer avec leur siège ou leur administration centrale, et en recevoir les services, dans l'une ou l'autre des langues officielles. Cette obligation vaut également pour leurs bureaux – auxquels sont assimilés, pour l'application de la présente partie, tous autres lieux où ces institutions offrent des services – situés soit dans la région de la capitale nationale, soit là où, au Canada comme à l'étranger, l'emploi de cette langue fait l'objet d'une demande importante.

Cet article doit aussi être lu selon l'objet de la *LLO*, retrouvé à l'article 2 de cette loi, selon lequel cet objet est « d'assurer le respect du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada, leur égalité de statut et l'égalité de droits et privilèges quant à leur usage dans les institutions fédérales, [...] ». Or, selon la juge Charron, le contenu du principe de l'égalité explicite à l'article 2 ne devrait pas être considéré comme étant uniforme : « Il doit être défini en tenant compte de la nature du service en question et de son objet » (*ibid.* : au para. 51).

Le programme du ministère dont il était question dans l'affaire utilisait

une approche globale de développement selon laquelle les collectivités assument leur propre avenir économique et décident de la voie qu'elles suivront pour atteindre leur but. Les principes de DEC ci-dessous guident les sociétés d'aide au développement des collectivités (SADC) dans toutes les activités et services qu'elles offrent :

- assurer le développement *de* la collectivité, *par* la collectivité et *pour* la collectivité [...]

En plus des services de développement des entreprises et de planification stratégique déjà mentionnés, les SADC peuvent prendre part à toutes sortes d'autres activités et projets de DEC. Ceux-ci varieront largement d'une collectivité à l'autre, selon les priorités établies au cours du processus local de planification stratégique¹²⁸ (*ibid.* : au para. 52).

¹²⁸ En italiques et souligné dans le texte.

La juge a déduit de cette description de programme que, de par sa nature, le programme aurait dû octroyer aux francophones de l'Huronie un contenu différent de celui de la collectivité majoritaire, « ‘selon les priorités établies’ par les collectivités elles-mêmes » (*ibid.* : au para. 53). La juge Charron ajoute deux précisions. D'une part, la partie IV de la *LLO* n'est pas garante de la qualité des services octroyés ou de la satisfaction d'un besoin provenant de l'une ou l'autre collectivité de langue officielle. Comme elle l'explique, « [i]l se peut que les services soient de qualité égale dans les deux langues, mais inadéquats, ou même de mauvaise qualité, et qu'ils ne satisfassent pas aux besoins de l'une ou l'autre communauté linguistique en matière de développement économique communautaire » (*ibid.* : au para. 55). Un manquement au niveau de la qualité irait peut-être à l'encontre des obligations gouvernementales imposées par la *Loi sur le ministère de l'Industrie*, mais pas à l'encontre de la *LLO*. D'autre part, l'égalité linguistique en matière de services ne signifie pas que les résultats de ces services seront égaux. Une inégalité de ce type ne pourrait pas être contestée en vertu de la *LLO*. En conclusion, la juge Charron refuse de donner raison à DesRochers et CALDECH, car les disparités entre les services en français fournis par Simcoe Nord (incluant ses retombées) et les services et retombées de CALDECH « dépassent nettement le champ d'application de la partie IV » (*ibid.* : au para. 64).

Québec (Éducation, loisir et sport) c. Nguyen

De retour au Québec, la prochaine décision peut être lue comme étant la suite de la décision *Solski*. Comme cette dernière, la décision *Nguyen* porte sur l'accès aux écoles publiques de la minorité anglophone du Québec. En 2002, l'Assemblée nationale du Québec adopte la Loi 104, qui modifie l'article 73 la *Charte de la langue française (CLF)*. Cette modification à la *CLF* stipule que les séjours des élèves dans les écoles publiques non subventionnées (ÉPNS), ainsi que l'enseignement reçu dans les écoles anglophones financées par les fonds publics suite à une autorisation spéciale, ne sont plus pris en compte dans l'évaluation du parcours scolaire, dans le cadre de demandes d'admissibilité aux écoles anglophones du réseau public. Par cet amendement à la *CLF*, le gouvernement du Québec cherchait à endiguer le phénomène dit des « écoles passerelles ». Ce phénomène correspond à une pratique d'élargissement de l'accès aux écoles de la minorité linguistique où les parents non ayant droit, en vertu de l'article 23 de la *Charte*, « inscrivaient leurs enfants dans les ÉPNS pendant une courte période de temps, afin de les

rendre admissibles [...] aux écoles financées sur les fonds publics » (*Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen*, [2009] 3 R.C.S. 208 : au para. 7).

Plusieurs familles étaient intimées dans cette affaire. D'un côté, les Nguyen et 25 autres familles étaient tous des citoyens canadiens non ayant droit en vertu de l'article 23 de la *Charte*, c'est-à-dire qu'aucun d'entre eux n'a reçu son éducation en anglais au Canada. Afin que leurs enfants puissent être admis aux écoles de langue anglaise financées par les fonds publics, ils ont inscrit leurs enfants dans des ÉPNS pendant de courtes périodes (*ibid.* : au para. 9). Ils ont, par la suite, tenté d'obtenir l'autorisation d'inscrire leurs enfants dans les écoles de la minorité anglophone, autorisation qui a été refusée par le ministère de l'Éducation dans tous les cas.

De l'autre côté, Talwinder Bindra a immigré au Canada et est devenu citoyen canadien en 1990. Ses deux enfants sont nés à Montréal et y avaient toujours vécu au moment du procès. Bindra avait inscrit ses enfants dans une ÉPNS, mais avait éventuellement réussi à obtenir une autorisation spéciale pour que sa fille soit admise dans une école de langue anglaise subventionnée. Il a alors entamé des démarches pour que son fils puisse aussi être admis dans une de ces écoles, en invoquant l'instruction de sa sœur dans une telle institution. Cette demande a aussi été rejetée, car elle allait à l'encontre de la Loi 104.

Le tribunal administratif du Québec a entendu les deux recours avant que la Cour suprême ne rende la décision *Solski*, en 2005, et a rejeté les deux demandes. L'affaire *Nguyen* a été entendue en Cour supérieure du Québec en 2004, où la demande a été rejetée à nouveau. Elle a ensuite été entendue par la Cour d'appel qui, en 2007, a déclaré à la majorité que l'article 73 de la *CLF* allait à l'encontre de l'article 23 de la *Charte* et ne pouvait être justifiée par l'article premier de la *Charte*, en s'appuyant sur la décision *Solski* de la Cour suprême. L'affaire *Bindra* a aussi été rejetée en Cour supérieure en 2005. La Cour d'appel, en 2007, a renversé cette décision, décidant que le ministère de l'Éducation avait fait erreur, d'une part en refusant de prendre en compte le temps passé par les enfants dans les ÉPNS, et d'autre part en refusant de reconnaître l'enseignement reçu en vertu d'une autorisation spéciale comme celle dont était récipiendaire la fille de M. Bindra. Finalement, il était le devoir du ministère de protéger l'unité familiale et de reconnaître au fils de M. Bindra le droit d'avoir accès au même système scolaire que sa sœur (*ibid.* : aux paras. 18-19). Dans les deux cas, la Cour d'appel du Québec a invalidé les alinéas 2 et 3 de l'article 73 de la *CLF*. Le gouvernement du Québec, en appel de ces deux décisions de la Cour d'appel de la province, demandait à la Cour suprême de juger de la validité

constitutionnelle de ces deux alinéas au regard de l'article 23 de la *Charte*. Si ces alinéas étaient jugés comme portant atteinte à l'article 23 de la *Charte*, la Cour suprême devait aussi évaluer si « l'atteinte est raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de cette charte » (*ibid.* : au para. 22).

Le juge LeBel, pour une Cour unanime, a donné raison à la Cour d'appel du Québec, en décidant que les deux alinéas portaient effectivement atteinte aux droits reconnus à l'article 23 de la *Charte*. Toutefois, avant de procéder à une analyse de ces dispositions à la lumière de l'article premier de la *Charte*, il s'est arrêté sur la question des « écoles passerelles » au Québec. Selon lui, certaines ÉPNS semblaient avoir été créées « dans le seul but de qualifier artificiellement des enfants pour l'admission dans le système d'éducation anglophone financé par les fonds publics » (*ibid.* : au para. 36), et le passage par l'une de ces écoles ne constituait pas un « parcours scolaire authentique ». Il faudrait que le processus d'examen du parcours de chaque enfant prenne en compte la situation de chaque institution scolaire fréquentée afin de respecter les objectifs de l'article 23 et éviter le retour au libre choix de la langue de l'enseignement par l'entremise de ces institutions (*ibid.* : au para. 36).

Finalement, le juge LeBel a passé les deux alinéas de la *CLF* posant problème au test de *Oakes*¹²⁹ afin de déterminer si la limitation des garanties de la *Charte* créées par ces deux alinéas pouvait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Comme nous l'avons déjà expliqué au chapitre 4, le test de *Oakes* cherche à « déterminer si l'objectif visé par les mesures adoptées par le législateur [québécois] est suffisamment important pour justifier l'atteinte aux droits garantis et, ensuite, si les moyens choisis sont proportionnels à l'objectif recherché » (*ibid.* : au para. 37). L'objectif de la protection de la langue française au Québec, objectif de la Loi 104, avait déjà été reconnu légitime selon le test de *Oakes* dans l'arrêt *Ford*, en 1988. Toutefois, selon le juge LeBel, la mesure adoptée par le gouvernement québécois par l'entremise des alinéas 2 et 3 de l'article 73 de la *CLF* était trop draconienne, proportionnellement à l'objectif recherché. Selon lui, l'arrêt *Solski* avait déjà établi une méthode d'examen des dossiers scolaires permettant à la fois d'éviter le retour au libre choix de la langue d'éducation et de respecter les garanties de la *Charte*. Cette méthode exige « l'étude concrète du cas de chaque élève et de celui des établissements concernés. Elle porte sur la durée du parcours, la nature et l'histoire de l'institution et le type d'enseignement qu'on y donne » (*ibid.* : au para. 44). Le juge LeBel a

¹²⁹ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

conclu qu'il devait invalider les sections de la *CLF* en cause, mais a suspendu l'effet de son invalidation pour une durée d'un an afin que l'Assemblée nationale puisse se pencher sur la question et adopter une nouvelle loi. Il a renvoyé les dossiers des demandeurs Nguyen au ministère de l'Éducation pour réévaluation selon les critères établis par *Solski*, et il a déclaré que le fils de Bindra devait être déclaré admissible à une école anglophone subventionnée immédiatement.

Galganov v. Russell (Township)¹³⁰

La dernière cause de ce chapitre nous ramène en Ontario, où la validité d'une résolution rendant obligatoire l'affichage commercial extérieur bilingue était contestée. En juin 2008, le canton de Russell, canton bilingue dans l'Est ontarien¹³¹, a adopté un règlement visant à bilinguiser son paysage linguistique. Ce règlement stipulait que

La désignation ou le contenu des nouvelles enseignes commerciales extérieures devra être bilingue. Le lettrage d'une enseigne commerciale extérieure (taille et style) devra être le même en anglais et en français. Toutefois, la raison sociale pourra être unilingue pour une enseigne commerciale extérieure (Règlement n° 49-2008, article 2.1 : cité dans *Galganov v. Russell (Township)*, [2010] O.J. No. 3512 : au para. 15).

En 2008, ce nouveau règlement est contesté par deux individus, Howard Galganov et Jean-Serge Brisson. Galganov est, comme le souligne la juge Métivier de la Cour supérieure de l'Ontario, connu pour son activisme envers les droits linguistiques de la minorité anglophone du Québec (*ibid.* : aux paras. 26 et 35). Il ne réside pas sur le territoire du canton et n'y a acquis aucune propriété, mais il a loué un espace dans la vitrine d'un barbier de Russell afin d'afficher les services de « Galganov Consulting » pour 1\$ par mois. Jean-Serge Brisson, pour sa part, réside dans le canton et y gère son propre commerce depuis 1976¹³². Après l'adoption du règlement, il a modifié son affiche commerciale d'une affiche unilingue anglaise à une affiche presque unilingue française (c'est-à-dire toute en français sauf pour la raison sociale de son commerce, qui restait écrite en anglais). Galganov et Brisson portent leur cause en Cour supérieure de façon conjointe

¹³⁰ Cette décision n'a été rendue qu'en anglais, soit la langue du demandeur Howard Galganov.

¹³¹ Le conseil du canton avait adopté une résolution en 1989 visant à déclarer son bilinguisme officiel et à assurer des services dans les deux langues officielles (*Galganov v. Russell (Township)*, [2010] O.J. No. 3512 : au para. 14).

¹³² Le jugement de la Cour supérieure de l'Ontario, datant de 2010, indique qu'il est en affaires depuis 34 ans.

en 2010. Selon ces derniers, le règlement outrepassait les compétences du canton et était *ultra vires*. Ils contestaient la validité constitutionnelle du règlement en vertu des articles 2 et 15 de la *Charte*. De surcroît, ils plaident que le règlement viole le droit international, plus précisément les articles 19 (protégeant la liberté d'expression) et 27 (protégeant les droits culturels des minorités) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.

La juge Métivier de la Cour supérieure de l'Ontario a rendu son jugement en 2010. Elle a commencé par rejeter la demande de Galganov, jugeant qu'il n'avait aucun intérêt personnel ou commercial dans le canton de Russell, et n'avait donc pas la qualité pour agir dans l'affaire. M. Brisson, de son côté, avait un intérêt direct envers le règlement en tant que résident du canton ainsi que propriétaire d'un commerce. Il avait en outre avoué avoir changé son affiche commerciale en guise de protestation envers le nouveau règlement et avait espéré obtenir une contravention dans le but de pouvoir la contester devant les tribunaux (*ibid.* : aux paras. 124-125). Elle avait donc accepté de reconnaître à Brisson la qualité pour agir dans l'affaire.

La juge Métivier a ensuite examiné les trois raisons avancées par Brisson pour contester le règlement. En premier lieu, elle a déclaré le règlement sur l'affichage *intra vires* en vertu de la *Loi sur les municipalités* de la province, c'est-à-dire que le conseil du canton avait les capacités légales de légiférer à ce sujet, car la province les lui avait octroyées. En deuxième lieu, elle a examiné la validité du règlement à la lumière des articles 2(b) (garantissant « la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication ») et 15(1) (garantissant l'égalité de tous les citoyens devant la loi) de la *Charte*. Selon la juge, qui a repris le jugement *Devine* de la Cour suprême à l'appui, le droit à la liberté d'expression ne signifiait pas le droit de s'exprimer dans une seule langue (*ibid.* : au para. 169). De plus, même si le règlement restreignait la liberté d'expression, celui-ci passerait le test de *Oakes* et pourrait être sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. Le règlement ne violerait pas non plus l'article 15 de la *Charte*, mais qu'au contraire, il viserait à atteindre l'égalité entre les individus des deux groupes linguistiques du canton : « *The purpose of the By-law is to advance linguistic equality in Russell where a linguistically vulnerable Francophone population resides. It is ameliorative in its purpose* » (*ibid.* : au para. 197). Finalement, selon la juge Métivier, le droit international n'a aucune portée en Ontario puisque l'entité signataire est le Canada et non les provinces et que le *Pacte* n'avait pas été incorporé dans le droit canadien (*ibid.* : au para 201).

Elle a conclu en rejetant la demande de M. Brisson d'invalider le règlement sur le bilinguisme de l'affichage commercial extérieur adopté par le canton de Russell.

La cause a été portée en appel par Galganov et Brisson en 2012. Les juges Weiler, Sharpe et Blair, de la Cour d'appel de l'Ontario, ont offert une décision unanime qui a en partie confirmé la décision de la Cour de première instance. D'une part, les juges de la Cour d'appel ont refusé d'octroyer à Galganov le statut de demandeur, jugeant qu'il n'avait pas la qualité pour agir. Ils ont toutefois reconnu que Brisson avait la qualité pour agir dans le pourvoi. Ils ont jugé le règlement sur l'affichage commercial *intra vires* des pouvoirs du canton (*Galganov v. Russell (Township)*, 2012 ONCA 409 : au para. 49). Ils se sont ensuite penchés sur la question à savoir si le règlement violait le droit à la liberté d'expression retrouvé à l'article 2(b) de la *Charte*. À cet égard, ils se sont distanciés de la juge de première instance, déclarant qu'en effet, il y avait violation des droits fondamentaux de Brisson par l'entremise du règlement (*ibid.* : au para. 61). Toutefois, cette violation a passé le test de *Oakes* et pouvait être justifiée par l'article premier de la *Charte*. D'une part, les juges ont vu que l'objectif du règlement, soit « *the preservation and enhancement of the equality of status of the French language in the Township* » (*ibid.* : au para. 67), et de surcroît, dans un canton bilingue était un objectif important et justifié. D'autre part, le moyen utilisé afin d'atteindre cet objectif, soit l'adoption du règlement en question, a été jugé comme étant raisonnable et proportionnel à l'objectif visé, de façon à limiter le moins possible la liberté d'expression (*ibid.* : au para. 85). Brisson n'ayant pas avancé d'argument en Cour d'appel touchant à l'article 15 de la *Charte* ni au droit international, les juges n'ont pas analysé le règlement à la lumière de ces dispositions. En conclusion, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel de Galganov et de Brisson et a maintenu la validité du règlement municipal.

Galganov et Brisson ont tenté d'appeler de cette décision en Cour suprême. En 2012, celle-ci rendait sa décision de refuser d'entendre l'appel, ce qui eut pour effet de clore de façon définitive cette saga judiciaire (*Le Droit*, le 6 décembre 2012 : en ligne).

Cette troisième période étudiée dans le cadre de notre recherche démontre un élargissement des domaines d'application des droits linguistiques, surtout par la Cour suprême, mais aussi par la Cour fédérale, responsable des litiges découlant de violations à la *LLO*, ainsi que par la Cour d'appel de l'Ontario. Alors que dans les deux dernières périodes, les domaines du bilinguisme législatif et judiciaire et du droit à l'instruction dans la langue officielle de la minorité

constituaient la majorité des litiges, nous retrouvons dans les années 2001 à 2012 des causes touchant pas moins de cinq différents domaines. En revanche, les litiges portant sur les droits linguistiques en matière d'éducation sont toujours omniprésents (*Doucet-Boudreau, Solski, Gosselin et Nguyen*). De ces quatre décisions, trois proviennent du Québec, mais comme nous l'avons constaté, les juges ne perdent pas de vue la situation des FHQ dans les questions qui leur sont soumises dans cette province. Le domaine municipal est un nouvel enjeu d'importance pour le droit linguistique, à la fois au Nouveau-Brunswick (*Charlebois c. Saint John*) et en Ontario (*Galganov*). Les responsabilités linguistiques du gouvernement fédéral (*DesRochers*) et de celui du Nouveau-Brunswick (*SAANB*) en matière de services ont aussi été clarifiées par l'entremise de démarches judiciaires. Finalement, des questions portant sur deux autres nouveaux domaines, soit les obligations linguistiques de l'Ontario en matière de santé (*Lalonde*) ainsi que la protection de la représentation démocratique effective d'une communauté minoritaire de langue officielle territorialisée (en l'espèce, la communauté francophone d'Acadie-Bathurst) (*Raïche*), ont été soumises aux tribunaux. Cette diversité dans les thèmes abordés par les différents litiges de cette période a amené les juges à affiner leur représentation des droits linguistiques. Comme nous le verrons, malgré l'apparition de nouveaux sujets de litige en matière linguistique, les juges mobiliseront des principes d'interprétation des droits linguistiques et des traditions étatiques qui se placeront en continuité avec les avancées de la dernière décennie. Nous nous tournons maintenant vers l'examen de ces principes.

L'interprétation des droits linguistiques canadiens

La période 2001-2012 verra les juges s'appuyer sur les avancées effectuées dans la décennie 1990, et en particulier dans le cadre de la « nouvelle trilogie » à la fin de cette période. Nous observons quelques exceptions : dans l'arrêt *Charlebois*, la majorité de la Cour suprême a préféré décider de la question en litige à partir du principe de la « cohérence interne », découlant de l'herméneutique du principe de Driedger. Dans le cadre de cette décision, le choix a été de s'en remettre au principe de la cohérence interne au lieu d'utiliser, comme le souligne le juge Bastarache, « l'impératif constitutionnel d'interpréter de manière téléologique les droits linguistiques de manière à promouvoir les principes d'égalité et de protection des minorités », (*Charlebois c. St. John (Ville)* : au para. 36). Ce choix a été lourd de conséquences pour les droits linguistiques au Nouveau-Brunswick. Par ailleurs, dans le cadre des décisions portant sur les droits linguistiques en matière scolaire au Québec, le principe réparateur et la portée collective

des droits linguistiques semblent être atténués (lorsqu'ils ne sont pas complètement escamotés) au profit d'une approche plus individualiste des dispositions de l'article 23 comme le rappelle Richez (2014 : 40-41).

Le tableau 5.4 rappelle les dispositions constitutionnelles touchées par les décisions étudiées dans le cadre de ce chapitre ainsi que les différents types d'interprétation proposés par les juges dans chaque décision.

Tableau 5.4 L'interprétation des droits linguistiques dans la jurisprudence, 2001-2012

Titre de la décision	Année	Dispositions touchées	Type d'interprétation
<i>Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)</i> (Cour d'appel de l'Ontario)	2001	<i>Loi constitutionnelle de 1867</i> Art. 16, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> <i>Loi sur les services en français de l'Ontario</i>	Égalité réelle Portée collective des droits linguistiques Principe de progression Dualité linguistique Protection des minorités Intérêt public Fédéralisme
<i>Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)</i>	2003	<i>Loi constitutionnelle de 1867</i> <i>Loi constitutionnelle de 1982</i> Art. 23 et 24, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> <i>Education Act</i> de la Nouvelle-Écosse	Principe de réparation Dualité linguistique Portée collective des droits linguistiques Compromis politique Fédéralisme (Major, Binnie, LeBel et Deschamps : dissidence sur raisons procédurales)
<i>Raïche c. Canada (Procureur général)</i> (Cour fédérale)	2005	<i>Loi constitutionnelle de 1867</i> Art. 1 et 3, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> Art. 15, <i>Loi sur la révision des limites des circonscriptions électorales</i> Partie VII, <i>Loi sur les langues officielles</i>	Représentation effective Dualité linguistique
<i>Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)</i>	2005	Art. 133, <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> Art. 23, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> Art. 72, 73, 75, 85, <i>Charte de la langue française du Québec</i>	Principe de réparation Protection des minorités Dualité linguistique Égalité réelle Unicité de la famille Fédéralisme Compromis politique
<i>Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)</i>	2005	Art. 91, 93, <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> Art. 15, 23, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> Art. 72, 73, 75, <i>Charte de la langue française du Québec</i>	Protection des minorités Dualité linguistique Égalité réelle Fédéralisme Compromis politique
<i>Charlebois c. St. John (Ville)</i> (<i>Charlebois n°2</i>)	2005	Art. 16-20, 32, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> <i>Loi sur les langues officielles</i> du Nouveau-Brunswick <i>Loi sur les municipalités</i> du Nouveau-Brunswick	Cohérence interne (Bastarache, Binnie, LeBel et Deschamps, dissidents : Égalité des communautés linguistiques de langue officielle; Dualité linguistique; Protection des minorités)

<i>Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada</i>	2008	Art. 16.1, 16(2), 20, 24, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> <i>Loi sur la Gendarmerie royale du Canada</i> <i>Loi sur la police</i> du Nouveau-Brunswick <i>Loi sur les véhicules à moteur</i>	Égalité des langues officielles Fédéralisme
<i>DesRochers c. Canada (Industrie)</i>	2009	Art. 16, 20, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> Parties IV, V, VII, <i>Loi sur les langues officielles</i> <i>Loi sur le ministère de l'Industrie</i>	Dualité linguistique Égalité réelle
<i>Québec (Éducation, loisir et sport) c. Nguyen</i>	2009	Art. 59, <i>Loi constitutionnelle de 1982</i> Art. 1, 23, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> Art. 72, 73, 81, 85, <i>Charte de la langue française</i> du Québec	Principe de réparation Égalité réelle Fédéralisme Unicité de la famille Protection des minorités Compromis politique
<i>Galganov c. Russell (comté)</i> (Cour d'appel de l'Ontario)	2012	Art. 1, 2, 15, <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> <i>Loi municipale</i> de l'Ontario <i>Loi sur les services en français</i> de l'Ontario	Dualité linguistique Égalité des langues officielles

En premier lieu, dans l'arrêt *Lalonde*, les juges de la Cour d'appel de l'Ontario feront à la fois preuve de continuité et d'innovation dans les principes qui sont mobilisés afin d'interpréter les droits linguistiques. D'une part, les juges rappellent que la *Charte* exprime l'objectif de « faire progresser l'égalité réelle des deux langues officielles »¹³³ (*Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, 2001 CanLII 21164 (ON CA) : au para. 90). Nous notons toutefois que bien que les juges s'expriment quant aux principes d'interprétation des dispositions linguistiques de la *Charte*, ils sont clairs à l'égard du fait que la disposition législative protégeant Montfort, c'est la *LSF*, et non la *Charte* ou la Constitution à proprement parler. L'hôpital Montfort ne détient aucune protection constitutionnelle. Au sujet de la *LSF*, les juges spécifient que celle-ci avait été adoptée dans une vision de progression des services en français dans la province, faisant écho aux dispositions de la *Charte* (*ibid.* : au para. 141).

Les juges soulignent ensuite la portée collective des droits linguistiques en reconnaissant le rôle institutionnel de Montfort, rôle comprenant « celui de maintenir la langue française, de transmettre la culture francophone et de favoriser la solidarité au sein de la minorité franco-ontarienne » (*ibid.* : au para. 71). Ils attribuent la reconnaissance de ce rôle institutionnel aux témoignages des professeurs Roger Bernard et Raymond Breton, qui ont témoigné devant la

¹³³ Les italiques sont de nous.

Cour en présentant l'hôpital Montfort pour expliquer les enjeux de la complétude institutionnelle.

Le principe constitutionnel non écrit de la protection des minorités est, pour Foucher, mobilisé pour la première fois dans le cadre d'un litige de droit linguistique afin d'interpréter la *LSF* (Foucher, 2008a : 467). Comme l'explique la Cour après un examen minutieux du mode d'emploi des principes constitutionnels non écrits dans le cadre d'une décision, ce principe « explique et transcende à la fois les droits des minorités expressément garantis dans le texte de la Constitution » (*ibid.* : au para. 114). Dans le cadre de *Lalonde* plus précisément, les juges écrivent que « le principe structurel du respect et de la protection des minorités renfermé dans la constitution est un principe fondamental qui a une incidence directe sur l'interprétation à donner à la *L.S.F.* et sur la légalité des directives de la Commission touchant Montfort » (*Lalonde* : au para. 125). Le principe de protection des minorités est finalement incorporé aux droits linguistiques, mais il reste soumis à la législation existante (en l'espèce, la *LSF*). Comme le souligne Proulx, l'utilisation par les juges des principes non écrits « doit se limiter à adopter l'interprétation du texte constitutionnel qui soit la plus conforme à la logique sous-jacente du texte existant, puis à s'appuyer sur cette logique pour compléter le texte constitutionnel » (Proulx, 2005 : 273). Dans le cadre de Montfort, cela signifie que

bien qu'il n'ait pas conduit à la remise en cause de la législation ontarienne en tant que telle, vu l'absence complète de garanties linguistiques applicables à l'Ontario dans la Constitution, le principe de protection des minorités a en revanche permis à la Cour d'appel [...] d'imposer aux tribunaux une application dynamique et vigoureuse de la *Loi sur les services en français* (*ibid.* : 276).

Cette avancée dans la jurisprudence démontre le potentiel important (et les limites) de l'application du principe de protection des minorités aux droits linguistiques (Proulx, 2005 : 276).

Les juges font aussi appel à une nouvelle notion d'interprétation, soit celle de l'intérêt public. Cette notion découle du mandat de la Commission de restructuration des services de santé, qui agissait dans l'intérêt public, et était donc autorisée à décider de la fermeture d'établissements de santé (Foucher, 2008a : 467). L'intérêt public pourra être interprété par les juges comme devant inclure la protection des minorités. Selon Doucet, puisque la commission de restructuration, dans ses directives de réforme, devait agir conformément à l'intérêt public, elles étaient tenues de prendre la protection des minorités en compte (Doucet et coll., 2013 : 68) – ce

qu'elle n'a pas fait. Ces deux nouveaux principes d'interprétation constituent une innovation manifeste et font de *Lalonde* une décision cruciale pour le développement du droit linguistique. Comme l'observent Doucet et coll., « [a]utre effet important de cette décision, c'est que la règle d'interprétation qu'elle énonce s'applique non seulement aux garanties constitutionnelles, mais aussi aux droits linguistiques que confèrent des textes législatifs » (*ibid.*). Finalement, les juges soulignent l'existence de longue date du lien entre la tradition du fédéralisme canadien et le principe de protection des minorités, rappelant que « le maintien des droits des minorités était une des conditions auxquelles ces minorités consentaient à entrer dans la fédération et qu'il constituait la base sur laquelle toute la structure allait être par la suite érigée » (Lord Sankey, cité dans : *Lalonde* : au para. 81). La Cour offre ici une représentation du fédéralisme sur laquelle repose l'importance historique des protections accordées aux minorités linguistiques et leur influence sur les institutions canadiennes.

La prochaine décision, touchant au droit à l'instruction dans la langue de la minorité en Nouvelle-Écosse, reprend à plusieurs égards la représentation de la portée de l'article 23 proposée par les juges dans *Arsenault-Cameron* trois ans plus tôt (Doucet *et al.*, 2013 : 79). Dans *Doucet-Boudreau*, les juges font référence, en premier lieu, au principe de la dualité linguistique en faisant mention de l'objet de l'article 23, qui est de « maintenir les deux langues officielles du Canada ainsi que les cultures qu'elles représentent et [de] favoriser l'épanouissement de chacune de ces langues » (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministère de l'Éducation)* : au para. 26). Ils font ensuite mention du caractère réparateur de l'article 23 de la *Charte*, qui doit être interprété « de manière à assurer 'une réparation complète, efficace et utile à l'égard des violations de la *Charte*' » (*ibid.* : au para. 28). Ils ajoutent, toutefois, à l'égard du principe réparateur une dimension temporelle, c'est-à-dire qu'ils reconnaissent que les droits de l'article 23 « sont particulièrement vulnérables à l'inaction ou aux attermolements des gouvernements » (*ibid.* : au para. 29) en vertu du critère variable découlant de l'exigence du nombre justificatif. En d'autres mots, les réparations doivent avoir lieu sans retard, car le risque d'assimilation augmente tant et aussi longtemps que les gouvernements ne s'acquittent pas de leurs obligations (*ibid.*). Cette observation de la part des juges est importante dans l'interprétation des droits linguistiques, car elle indique aux gouvernements que leurs obligations doivent être remplies dans des délais raisonnables.

Les juges réitèrent aussi que « le fait que les droits linguistiques découlent d'un *compromis politique* n'a aucune incidence sur leur nature ou leur importance »¹³⁴ (*ibid.* : au para. 27). Ils insistent sur la portée collective des droits linguistiques découlant des échelons supérieurs du critère variable selon le nombre justificatif : « Cette exigence donne à l'exercice de ces droits individuels une dimension collective particulière » (*ibid.*). Finalement, la Cour se réfère au fédéralisme pour rappeler qu'il est du devoir des juges d'accorder une réparation « tout en laissant largement au pouvoir exécutif les moyens » (*ibid.* : au para. 69) de parvenir à une réparation adéquate. La question des circonstances desquelles découle la réparation, et notamment des circonstances temporelles, vient ajouter un élément nouveau dans la conception des juges de l'influence de la tradition du fédéralisme sur la portée de l'article 23 – c'est-à-dire qu'il est requis des gouvernements de remplir leurs obligations promptement. Un manquement à cet égard justifierait une action en justice de la part de la minorité linguistique concernée.

La décision *Raïche*, rendue par la Cour fédérale en 2005, n'énonce que peu de principes s'appliquant directement au droit linguistique. Les juges rapportent que

La *Loi sur la révision* impose à la Commission l'obligation de tenir compte de la communauté d'intérêts, incluant une communauté d'intérêts définie par la langue française, et la *LLO* requiert que des institutions gouvernementales favorisent « l'épanouissement des minorités francophones [...] du Canada. » En effet, les deux lois ont des buts semblables¹³⁵ (*Raïche* : au para. 88).

Au-delà de cette observation, cette cause, unique en son genre dans la jurisprudence canadienne (Léger Haskell, 2013 : 77), se penche sur l'autre principe d'interprétation mobilisé par les juges au regard de la *Loi sur la révision* afin de trancher sur la décision du comité de révision électorale : le principe de la représentation effective.

Comme le souligne Léger Haskell dans une étude portant sur les retombées de la cause *Raïche* sur la représentation des minorités de langue officielle au Canada, la signification profonde de la représentation par le droit de vote au Canada est « *a matter for Canadian ideals and values to decide* » (Léger Haskell, 2013 : 74). Elle explique qu'il existe plusieurs traditions dans le monde à cet égard. Alors que les États-Unis ont une tradition stricte du « *one person-one vote* », plusieurs pays du Commonwealth ont, pour leur part, une tradition laissant place à la reconnaissance d'autres facteurs dans la mathématique électorale.

¹³⁴ Les italiques sont de nous.

¹³⁵ Nous soulignons.

The ideal concept of representation varies in different societies; all are equally valid, but uncovering what is right for Canada means that the importance and role accorded to 'effective representation' and 'community of interest/identity' will have to reflect Canada's historical and contemporary ideals (ibid. : 74-75).

Commençons par faire un retour sur ce que les juges disent du principe de la représentation effective au sein même de l'arrêt *Raïche*. La Cour fédérale, citant la Cour suprême, explique au sujet de ce principe que

La parité relative qu'il est possible d'atteindre peut ne pas être souhaitable si elle a pour effet de détourner du but principal, qui est la représentation effective. Des facteurs tels les caractéristiques géographiques, l'histoire et les intérêts de la collectivité et la représentation des groupes minoritaires peuvent devoir être pris en considération si l'on veut que nos assemblées législatives représentent effectivement la diversité de notre mosaïque sociale. Ce ne sont là que des exemples de considérations qui peuvent justifier une dérogation à l'égalité absolue des votes dans la poursuite d'une représentation plus effective; la liste n'est pas exhaustive¹³⁶ (*Raïche c. Canada (Procureur général)* : au para. 29).

La représentation effective telle qu'elle est entendue ici trouve un équilibre entre, d'une part, la représentation des individus, par la notion de la parité électorale, et d'autre part, les communautés d'intérêts que constituent certains groupes – les Acadiens de la région d'Acadie-Bathurst, en l'espèce. Les juges continuent : « en insistant sur la parité des nombres, on pourrait priver des citoyens, ayant des intérêts distincts, d'une voix effective au sein du processus législatif aussi bien que d'une aide réelle de la part de leurs représentants dans leur rôle d'ombudsman' » (*ibid.* : au para. 42). Selon Léger Haskell, cette préoccupation envers la reconnaissance d'intérêts et d'une représentation collective serait à la base même de notre système fédéral (Léger Haskell, 2013 : 88). Le même type de préoccupation anime la reconnaissance de communautés d'intérêts au sein des circonscriptions électorales.

The Westminster system of representation we have in Canada has a communal idea of representation at its base, it intends to represent constituencies, not individuals, and allows for members of parliament to represent different collectivities which are territorially defined. The identification of political representatives with a particular area, by constituents as well as by outsiders, serves to symbolically recognize and reinforce existing connections in the riding (ibid.).

Le fait qu'une communauté minoritaire de langue officielle puisse être associée à une communauté d'intérêts et que sa représentation démocratique soit protégée par la loi octroie,

¹³⁶ Nous soulignons.

selon Léger Haskell (*ibid.* : 139), une légitimité aux FHQ, légitimité reposant sur l'importance octroyée aux langues officielles dans la démocratie canadienne. Nous observons que cette légitimation des revendications des FHQ à l'extérieur des principes habituels découlant des droits linguistiques s'ajoute à celle découlant de la notion d'« intérêt public », entendue comme devant prendre en compte la protection des minorités, telle qu'énoncée dans *Lalonde*.

Dans les arrêts *Solski et Gosselin* en 2005, nous revenons en terrain connu, soit l'interprétation du droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Les principes d'interprétation dont les juges de la Cour suprême font mention dans le jugement diffèrent sensiblement de ceux répertoriés dans les jugements portant sur les FHQ. D'une part, la référence au caractère réparateur de l'article 23 apparaît dans *Solski* (au para. 21), mais il manque à l'appel dans *Gosselin*. Cette absence s'explique possiblement par le fait que cette cause ait été amenée devant les tribunaux par des membres de la majorité linguistique au Québec, et que ce principe ne s'applique pas à leur situation particulière. D'autre part, toujours dans *Solski*, les juges font mention d'un principe qui n'était jamais apparu jusqu'à maintenant dans la jurisprudence de droit linguistique, c'est-à-dire le principe d'unicité de la famille. Les juges expliquent que l'un des objets du paragraphe 23(2) de la *Charte* est de « préserver l'unité familiale » (*ibid.* : au para. 30), ce qui n'est pas une évidence légale au Québec puisque l'alinéa 23(1)a) de la *Charte* ne s'applique pas dans cette province¹³⁷. Concrètement, ce principe signifie que lorsqu'un enfant est accepté dans une école de la minorité, ses frères et sœurs auront aussi accès à l'instruction au sein du même système scolaire.

Sur le plan de la reconnaissance de la portée collective des droits de l'article 23, un principe habituellement mobilisé par les juges lorsqu'ils appliquent ces droits aux FHQ, la décision *Solski* détonne franchement des litiges provenant de l'extérieur du Québec. Les juges énoncent qu'« [u]n 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 » (*Solski* : au para. 23). Comme l'observe Richez (2014 : 42), il s'agit là d'un phénomène nouveau dans l'interprétation que la Cour suprême fait de l'article 23, et qui diffère de l'interprétation habituelle, depuis *Mahe*, reconnaissant systématiquement au droit à l'instruction dans la langue de la minorité un aspect collectif.

¹³⁷ Cet alinéa contient le droit à l'accès aux écoles de la minorité aux enfants « dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident ».

Les autres éléments interprétatifs mobilisés par les juges sont les mêmes dans les deux arrêts. Ils mentionnent, d'une part, le principe de protection des minorités, à la suite du Renvoi de 1998 (*Solski* : au para. 2; *Gosselin* : au para. 29), ainsi que la dualité linguistique, rappelant l'objet de l'article 23 énoncé dans *Mahe* (*Solski* : au para. 20; *Gosselin* : au para. 28). Ils présentent ensuite l'article 23 comme un « exemple des moyens de réaliser l'égalité réelle dans le contexte particulier des communautés linguistiques minoritaires »¹³⁸ (*Solski*: au para. 20). Dans *Gosselin*, les juges s'étendent plus longuement sur ce principe, puisque l'argumentaire des demandeurs reposait sur le droit à l'égalité, et qu'ils avaient notamment remis en question la validité des dispositions constitutionnelles de l'article 23 à la lumière de l'article 15 de la *Charte*. Les juges expliquent : « Dans le contexte de l'enseignement dans la langue de la minorité, l'égalité réelle, plutôt que l'égalité pour la forme seulement, peut exiger un traitement différent »¹³⁹ (*Gosselin* : au para. 14). Ils poursuivent, au para. 21, observant que l'article 23 pourrait être considéré comme la « concrétisation » des garanties constitutionnelles d'égalité pour les minorités linguistiques.

La Cour rappelle ensuite que le fait que les droits linguistiques sont le résultat d'un compromis politique n'a aucune incidence sur la portée de ces droits (*Solski* : au para. 20; *Gosselin* : au para. 27). La Cour souligne aussi, de façon explicite dans *Solski*, que les dispositions constitutionnelles de l'article 23 « limitent la compétence provinciale en matière d'éducation » (*Solski* : au para. 29). Leur interprétation est donc toujours guidée par la tradition du fédéralisme. Les juges rappellent toutefois que le Québec est la seule province au pays où l'alinéa 23(1)a) de la *Charte* ne s'applique pas, le gouvernement provincial n'ayant jamais autorisé son entrée en vigueur. Dans *Gosselin*, c'est plutôt « la volonté de la majorité de protéger et de favoriser le français comme langue de la majorité au Québec » (au para. 31), langue étant par ailleurs « la langue de la minorité dans le contexte plus large de l'ensemble du Canada », qui est soulignée. La Cour rappelle ici, comme elle l'avait fait dans le Renvoi de 1998, que les majorités culturelles provinciales recevaient une certaine protection au sein de la fédération canadienne. En 2009, les juges reprendront dans l'arrêt *Nguyen* le même type d'interprétation que celui élaboré dans *Solski* afin de juger que les nouvelles dispositions en litige, adoptées par le gouvernement québécois, visant à contrecarrer le phénomène des « écoles dites 'passerelles' »

¹³⁸ Les italiques sont de nous.

¹³⁹ Souligné dans le texte.

(*Nguyen* : au para. 36), sont inconstitutionnelles. En somme, *Solski*, *Gosselin* et *Nguyen* se distinguent des jugements portant sur le droit à l’instruction dans la langue de la minorité pour les FHQ, en faisant fi de l’interprétation de ces droits en tant que droits réparateurs ayant une portée collective autant qu’individuelle (Richez, 2014). Comme le souligne Foucher (2008b : 282), cette contextualisation de l’interprétation de la portée de l’article 23 dans chaque cadre provincial particulier peut démontrer l’ouverture des juges à la représentation d’une certaine forme de fédéralisme asymétrique.

Pour ce qui est des décisions restantes à partir de 2005 (toutes les décisions sauf *Nguyen*), nous remarquons que n’apparaît nulle part, dans l’interprétation des juges, de références à la tradition du compromis politique. En effet, alors que celle-ci était encore mentionnée par les juges jusque-là, dans le dessein de rappeler que l’existence de ce compromis n’avait selon eux pas d’impact sur la portée des droits linguistiques, à partir de *Charlebois n° 2*, les juges l’écartent complètement. En 2005, dans l’affaire *Charlebois n° 2*, la majorité de la Cour suprême rendait « pour la première fois depuis la trilogie de 1986 une décision qui pourrait être perçue comme pouvant comporter une incidence négative sur l’évolution des droits linguistiques » (Doucet et coll., 2013 : 81). Pour la juge Charron, rédactrice du jugement majoritaire, le principe d’interprétation herméneutique de la cohérence interne outrepassait les principes d’interprétation des droits linguistiques. Le principe de la cohérence interne découle de la règle d’interprétation de Driedger, qui implique, nous le rappelons, qu’ « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (*Charlebois* : au para. 10). En effectuant une telle lecture de la *LLONB*, la majorité des juges en arrivaient à la conclusion que les villes n’étaient pas incluses dans les « institutions » au sens de l’article 22 de cette loi. La décision de la minorité de la Cour, rédigée par le juge Bastarache, préconisait pour sa part une interprétation « selon les principes clairs exposés dans les arrêts [*Beaulac*] et [*Arsenault-Cameron*] » (*ibid.* : au para. 30), c’est-à-dire « d’interpréter de manière téléologique les droits linguistiques de manière à promouvoir les principes d’égalité et de protection des minorités » (*ibid.* : au para. 36). La majorité de la Cour suprême s’était donc distanciée ici du paradigme d’interprétation libérale en place depuis la fin de la dernière décennie, démontrant qu’il était possible de diverger de la dépendance au sentier à son égard et qu’une régression en matière de droits linguistiques était toujours possible (Doucet, 2007 : 56; Foucher, 2008a : 479). La minorité de la Cour, pour sa part,

se serait positionnée en dépendance au sentier en mobilisant l'interprétation préconisée dans la « nouvelle trilogie ».

Dans l'affaire *Paulin*, en 2008, les obligations linguistiques de la GRC au Nouveau-Brunswick ont été interprétées par le juge Bastarache à la lumière du principe de l'égalité des langues officielles, principe énoncé au paragraphe 20(2) de la *Charte*, et de la tradition du fédéralisme, ce qui ne surprendra pas le lecteur vu la nature du litige, où deux régimes linguistiques (provincial et fédéral) étaient en jeu. Au paragraphe 16 de la décision, Bastarache explique : « Comme chaque membre de la GRC est habilité par le législateur du Nouveau-Brunswick à administrer la justice dans la province, il exerce le rôle d'une 'institutio[n] de la législature ou du gouvernement' du Nouveau-Brunswick, et il est tenu de respecter le par. 20(2) de la *Charte* ». En l'espèce, le régime linguistique provincial, plus généreux que celui du fédéral, avait donc préséance.

Dans l'arrêt *DesRochers*, en 2009, les juges rappellent que la Partie VII de la *LLO*, même si elle n'était pas exécutoire au moment où le litige a été entamé, stipule que « le gouvernement fédéral s'engage à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada et à appuyer leur développement » (*DesRochers* : au para. 18), soulignant l'engagement gouvernemental envers la dualité linguistique. Toutefois, la décision est surtout intéressante parce qu'elle permet aux juges de clarifier le sens et la portée du principe d'égalité réelle, qui est au cœur de ce litige, dans le cadre des services gouvernementaux. La Cour renoue ici avec la « nouvelle trilogie » des droits linguistiques, en « interprét[ant] ces droits de façon libérale et téléologique » (*DesRochers* : au para. 31 ; voir aussi Doucet et coll., 2013 : 85). Les juges expliquent ensuite que « [l']égalité réelle, par opposition à l'égalité formelle, doit être la norme et l'exercice des droits linguistiques ne doit pas être considéré comme une demande d'accommodement » (*ibid.*). Ils continuent en observant que le contenu de l'égalité réelle peut varier :

Selon la nature du service en question, il se peut que l'élaboration et la mise en œuvre de services identiques pour chacune des communautés linguistiques ne permettent pas de réaliser l'égalité réelle. Le contenu du principe de l'égalité linguistique en matière de services gouvernementaux n'est pas nécessairement uniforme. Il doit être défini en tenant compte de la nature du service en question et de son objet (*ibid.* : au para. 51).

Toutefois, l'égalité réelle ne veut en rien dire que l'accès à des services de qualité égale signifiera que le *contenu* de ces services sera distinct (*ibid.*). Les juges précisent que « ce qui compte, c'est

que les services offerts soient de qualité égale »¹⁴⁰ (*ibid.* : au para. 54), même s'« il se peut que les services [...] soient inadéquats, ou même de mauvaise qualité, et qu'ils ne satisfassent pas aux besoins de l'une ou l'autre communauté linguistique » (*ibid.* : au para. 55). Finalement, « le principe de l'égalité linguistique en matière de prestation de services ne signifie pas non plus qu'il doive y avoir égalité de résultats pour chacune des deux communautés linguistiques » (*ibid.*). En somme, selon les juges, pour respecter le critère de l'égalité réelle, un service devra être de qualité égale, et cette égalité ne touchera pas que la question linguistique, mais aussi le contenu du service (Foucher, 2013 : 61). Foucher souligne que cette définition de l'égalité réelle préside à « un recul par rapport à Montfort » (Foucher, 2008a : 480) où le droit non seulement à un service de qualité égale, mais une institution distincte de la majorité, avait été reconnu.

Finalement, en 2012, dans la décision *Galganov* de la Cour d'appel de l'Ontario, les juges ont aussi interprété le litige à la lumière des principes mobilisés dans la « nouvelle trilogie » et qu'ils avaient repris dans *Lalonde (Galganov v. Russell (Township))* : au para. 44). Ils soulignent que le règlement municipal fait la promotion de l'égalité des langues officielles, un objectif considéré « *pressing and substantial* » (*ibid.* : au para. 67). Ils soutiennent qu'ils n'ont aucune raison de ne pas interpréter le règlement municipal à la lumière de l'interprétation large et généreuse élaborée dans *Beaulac*, étant notamment guidés par le principe de la dualité linguistique (*ibid.* : au para. 78).

En résumé, le type d'interprétation préconisé par les juges durant cette décennie vient consolider l'approche dite « téléologique » aux droits linguistiques, soit une approche large et généreuse, retrouvée dans la nouvelle trilogie de la décennie précédente, lorsque celle-ci est appliquée au FHQ. Dans la très grande majorité des cas, les juges reprennent les principes d'interprétation déjà énoncés dans *Beaulac* et, dans le domaine scolaire, dans *Arsenault-Cameron*. Ils font tout de même preuve d'innovation à quelques égards. En premier lieu, comme nous l'avons vu dans *Lalonde*, le principe constitutionnel non écrit de la protection des minorités se voit appliqué au droit linguistique, lorsque la Cour d'appel de l'Ontario le mobilise afin de définir les obligations de la Commission de restructuration à l'égard de la *LSF* provinciale, et en regard de l'intérêt public de manière plus générale. Dans le domaine scolaire, les juges ont continué d'appliquer l'approche libérale et généreuse aux droits linguistiques et de réviser le

¹⁴⁰ Nous soulignons.

contexte d'interprétation de l'article 23 que constitue la tradition fédérale. En conséquence, ils ont pu faire avancer les principes d'interprétation des droits linguistiques en les appliquant aux nouvelles situations, tant au Québec qu'à l'extérieur du Québec, qu'ils ont eu à évaluer. Dans *Doucet-Boudreau*, on a vu que le caractère réparateur des dispositions de l'article 23 encourageait l'obligation, de la part des gouvernements, d'agir dans un délai raisonnable. Toutefois, dans *Solski et Nguyen*, nous avons vu les juges interpréter l'article 23 de façon différente que pour les FHQ par le passé. D'une part, ils ont énoncé le principe d'unicité de la famille, s'appliquant à la situation particulière de l'application de l'article 23 au Québec, octroyant aux frères et sœurs d'une même famille la garantie d'accès au même système scolaire. D'autre part, leur interprétation des droits de l'article 23 évitait de reconnaître leur portée collective, au profit de leur aspect individualiste. Cet aspect de leur interprétation portera Foucher (2008b : 282) à observer que les juges démontrent une ouverture envers un fédéralisme asymétrique en matière d'interprétation des droits scolaires. Finalement, dans *Gosselin*, les juges ont pu réaffirmer l'importance de l'égalité réelle et approfondir sa signification, légitimant d'une part un traitement différencié des FHQ basé sur leurs particularités culturelles, et clarifiant d'autre part que les services offerts dans les deux langues officielles, pour répondre au critère de l'égalité réelle, devaient être de qualité égale. Cette interprétation a été reprise dans *DesRochers*. L'arrêt *Raïche* a permis d'appliquer la *LLO* à la *Loi sur la révision* et de déterminer que les FHQ formaient des communautés d'intérêts légitimes dans le cadre d'un système reposant sur la représentation effective. Enfin, dans *Charlebois* et *Galganov*, nous avons été témoin de deux types d'interprétation très différents à l'égard de l'application des droits linguistiques au domaine municipal. Alors que dans *Galganov*, la Cour d'appel de l'Ontario a fait appel à l'interprétation téléologique des droits linguistiques pour justifier la validité constitutionnelle du règlement municipal concernant l'affichage commercial bilingue, la majorité de la Cour suprême, dans *Charlebois*, a outrepassé ce type d'interprétation au profit d'une interprétation herméneutique stricte reposant sur la cohérence interne de la *LLONB*. Nous remarquons aussi que la tradition du compromis politique, omniprésente dans les dernières décennies, se voit complètement neutralisée au regard de la portée des droits linguistiques durant cette dernière période – un legs de la « nouvelle trilogie » des droits linguistiques, sans aucun doute et qui est une caractéristique

de ce nouveau paradigme d'interprétation – jusqu'à être écartée dans les dernières décisions étudiées¹⁴¹.

Ce paradigme d'interprétation libérale des droits linguistiques mise en place depuis la nouvelle trilogie et créant des effets de dépendance au sentier durant ces onze dernières années (*Charlebois* faisant figure d'exception) est toutefois assorti, comme nous avons pu l'observer, d'une variation importante des principes d'interprétation mobilisés lorsque ces droits sont appliqués à la situation du Québec. Par ailleurs, une grande variété de domaines a été touchée par les droits linguistiques durant cette période. La dernière section de notre chapitre portera sur les retombées de la jurisprudence de la période 2001-2012 sur la question de l'autonomie des FHQ.

L'évolution de l'interprétation des droits linguistiques au regard d'une norme d'autonomie pour les francophones hors Québec, 2001-2012

Les onze dernières années de notre étude sont révélatrices d'une mutation au regard de la mobilisation judiciaire des FHQ. Les tractations en vue d'une modification constitutionnelle avaient été délaissées, semblablement pour plusieurs années, après l'échec de l'Accord de Charlottetown, et des dires des juges de la Cour suprême même, les grandes questions d'interprétation de la *Charte* étaient désormais réglées (Tibbetts, 2013). Cette observation fait écho à la disparition des renvois, à la nature plus pointue des litiges, ainsi qu'à l'élargissement de l'éventail des domaines de contentieux linguistique portés devant les tribunaux que l'on retrouve durant ces onze années. Néanmoins, quelques événements marquants pour l'action des FHQ devant les tribunaux prennent quand même place durant cette période sur la scène fédérale. À titre d'exemple, comme nous l'avons mentionné au dernier chapitre, l'Honorable Jean-Robert Gauthier, député aux Communes à l'époque de la révision de la *LLO* en 1988, avait vertement

¹⁴¹ Notons que ceci ne signifie pas pour autant que la tradition du compromis politique soit disparue pour de bon. Au contraire, celle-ci a refait surface deux fois dans la dernière année à la Cour suprême. Dans le *Renvoi relatif à la réforme sur le Sénat*, 2014 CSC 32, les juges mentionnent, au paragraphe 41, l'existence d'un « compromis fédératif » et dans l'arrêt *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, au paragraphe 166, que la *LLO* « reflète à la fois la Constitution du pays et le compromis politique et social dont il est issu ». Le Renvoi ne portait pas sur les droits linguistiques ; le compromis guidait leur interprétation des modalités d'une réforme du Sénat. Dans *Thibodeau*, le compromis ne guidait pas les juges vers une interprétation limitant la portée des droits linguistiques, mais vers une affirmation de leur caractère fondamental, « de façon synergétique avec les garanties linguistiques de la [*Charte*] » (*ibid.*).

critiqué le statut déclaratoire de la Partie VII. Il n'était d'ailleurs pas le seul à faire entendre cette opinion :

De nombreux intervenants et commentateurs avaient alors dénoncé le manque de volonté politique à l'égard de la mise en œuvre de la Partie VII, soutenant que l'intention du législateur avait été de rendre obligatoire l'engagement du gouvernement fédéral à l'égard de la promotion de la dualité linguistique et de l'épanouissement des communautés minoritaires de langue officielle (Normand, 2012 : 98).

Devenu sénateur en 1994, il fit du statut exécutoire de la Partie VII l'un de ses principaux chevaux de bataille, une lutte qu'il voyait lui-même comme son « testament parlementaire » (Gauthier cité dans Faucher, 2008 : 542). L'adoption d'un projet de loi visant à rendre la Partie VII exécutoire a finalement eu lieu après quatre ans et autant de dépôts du projet de loi par le sénateur Jean-Robert Gauthier, entre 2001 et 2005 (Normand, 2012 : 98). Plusieurs aspects de la mise en œuvre de la Partie VII restaient à être éclairés afin de pouvoir clarifier sa portée, et notamment le concept de « mesures positives » qui y est énoncé, mais pas défini (*ibid.* : 100). Néanmoins, suite à l'adoption du projet de loi S-3, en 2005, il est devenu possible d'entamer un recours judiciaire envers le gouvernement fédéral en vertu de cette partie de la *LLO*, après 17 ans d'attente. Cette victoire est, selon les dires de la FCFA, « historique pour les communautés de langue officielle » (Faucher, 2008 : 544). Toutefois, les arrêts étudiés dans le cadre de ce chapitre n'auront pas la chance de démontrer le potentiel de cette modification à la *LLO*. Les seuls litiges faisant mention de la Partie VII, soit *Raïche* et *DesRochers*, ont été entamés avant l'adoption du projet de loi S-3, alors que celle-ci était toujours déclaratoire.

Par ailleurs, en septembre de l'année suivante, les FHQ apprenaient que le nouveau gouvernement progressiste-conservateur de Stephen Harper, élu en janvier 2006, retirait son financement au PCJ. Cette décision fut vivement critiquée, non seulement par les FHQ, mais par plusieurs autres groupes porte-parole de minorités ayant eu recours au Programme depuis sa création, comme des représentants des femmes et des personnes handicapées. Après plusieurs mois de démarches au niveau politique afin de tenter le gouvernement de rétablir le programme, en vain, la FCFA a annoncé qu'elle déposerait une demande de révision judiciaire à la Cour fédérale afin de contester la décision devant les tribunaux (*Franco-Presse*, le 30 octobre 2006 : en ligne). D'autres groupes porte-parole de minorités ont décidé de se joindre à cette bataille juridique aux côtés de la FCFA (*Radio-Canada*, le 17 décembre 2007 : en ligne). La FCFA a cependant retiré sa demande lorsque le gouvernement fédéral a annoncé, en juin 2008, que la

partie du programme dédiée aux langues officielles serait remise sur pied, sous la forme du nouveau Programme d'appui aux droits linguistiques (PADL) (*La Presse*, le 9 septembre 2009 : en ligne). Le mandat du PADL diffère toutefois du PCJ en ce que celui-ci « a pour mission d'encourager la médiation lorsque des communautés des langues officielles se sentent menacées. Il vise essentiellement à éviter le recours aux tribunaux » (*Radio-Canada*, le 9 février 2012 : en ligne). La médiation n'était pas dans le mandat du PCJ ; le PADL, pour sa part, n'offre du financement aux fins de contestation devant les tribunaux que lorsque les autres moyens de résolution de conflit ont été épuisés. Cet outil reste néanmoins essentiel à la poursuite de la mobilisation juridique des FHQ, celle-ci étant toujours aussi coûteuse.

Dans les provinces, les FHQ ont commencé à s'intéresser et à investir de nouveaux lieux de pouvoir, notamment l'arène municipale au Nouveau-Brunswick (Foucher, 2012). Ils ont aussi cherché à protéger des acquis considérés comme historiques dans le contexte du débat sur la représentation politique au sein d'une circonscription acadienne. Par ailleurs, des champs d'intervention de longue date ont mené les FHQ devant les tribunaux, comme le développement économique communautaire et le domaine de la santé. Les luttes en matière d'éducation sont toujours de la partie durant cette période, mais c'est au Québec où ce domaine prend l'avant-scène, dans le cadre des débats sur les écoles passerelles.

En Ontario, l'activité juridique des FHQ de la dernière décennie met en lumière trois terrains de mobilisation, soit le domaine de la santé, le domaine des services de développement économique et le domaine municipal – plus précisément la question du paysage linguistique. Toutefois, il ne faudrait pas croire que c'est parce que le premier litige touchant à l'accès à des services de santé dans la langue officielle de la minorité ne prend place qu'au tournant du XXI^e siècle ne signifie en rien que la question de la santé soit un intérêt récent pour la population franco-ontarienne. Au contraire, comme le montrent Gilbert et coll., les services de santé en français ont une longue histoire, datant de la fin du XIX^e siècle, moment à partir duquel « des institutions de santé gérées par des communautés religieuses catholiques ont offert aux francophones un certain accès à des soins dans leur langue » (Gilbert et coll., 2005 : 20). C'était d'ailleurs le cas de Montfort. C'est lorsque les gouvernements fédéral et provinciaux ont commencé à agir dans le domaine de la santé, avec le développement de l'État-providence, que ces acquis ont été remis en question et que les Franco-Ontariens ont commencé à se mobiliser (*ibid.*). En 1967, le premier ministre de la province, John Robarts, avait proposé de mettre en

place « un plan de prestation de services gouvernementaux en français pour les Franco-Ontariens, là où le nombre le justifie » (*ibid.* : 25). Ce ne sera néanmoins qu'en 1975 que ce plan prendra vie grâce à la mise sur pied du Comité Dubois ou « Comité d'action sur les services de santé en français ». Ce comité a relevé des lacunes importantes au niveau de l'accès à des services essentiels en français, et en a fait part au ministère de la santé de l'époque dans un rapport publié en 1976, intitulé avec ironie *Pas de problème*. Ce rapport indique que les « responsables des services de santé [de la province] n'ont pas encore perçu les besoins d'un groupe linguistique minoritaire. Cette simplification d'une situation pourtant très complexe dénote sans doute l'attitude que rencontre trop souvent la population française de l'Ontario » (Rapport Dubois, dans : Gilbert et coll., 2005 : 26). À la même époque, l'ACFO commence aussi à s'intéresser à la question des services de santé. En 1986, lors de l'adoption de la *Loi sur les services en français*, ce domaine était une priorité pour l'ACFO. En 1988, celle-ci organisait un forum « La loi 8 est-elle en santé ? ». Ce forum se voulait une occasion de « faire le point sur l'état des services de santé en français à l'échelle de la province et [de] développer une stratégie capable de susciter, dans le cadre de la loi, la mise sur pied de services qui répondent aux besoins de la communauté franco-ontarienne » (Gilbert et coll., 2005 : 29). Ces consultations ont mené à l'inclusion de nombreuses recommandations sur l'accès à des services dans le domaine de la santé au sein du *Plan de développement global de la communauté franco-ontarienne 1992-1997* rendu public par l'ACFO en 1991.

Suite à l'élection du gouvernement progressiste-conservateur de Mike Harris en 1995, des compressions massives du budget provincial ont été entamées dans le cadre de sa « Révolution du bon sens » (*Maclean's*, le 31 juillet 1995 : en ligne). Le budget de la santé a été parmi les premiers visés par ces compressions. C'est ainsi qu'en 1997, la Commission de restructuration des services de santé annonce la fermeture, puis, révisant le tir, une diminution drastique des services offerts à l'hôpital Montfort (*ibid.* : 40). Des francophones d'Ottawa, avec Gisèle Lalonde à leur tête, forment alors le groupe S.O.S. Montfort pour dénoncer publiquement ces coupes. Comme le rappelle Bernard, « De manifestations populaires en interventions politiques, d'atténuation de fermeture en reports, de lobbying en concession et en déceptions, l'hôpital Montfort décide, en juillet 1998, de s'adresser aux tribunaux » (Bernard, 2012[2000] : 24). On connaît la suite. Cette saga judiciaire se termine officiellement le 1^{er} février 2002, quand le

gouvernement de la province annonce qu'il n'appellera pas de la décision de la Cour d'appel devant la Cour suprême (Gilbert et coll., 2005 : 41).

Les enjeux reliés au développement économique en Ontario français (et en francophonie canadienne plus largement) ne datent pas d'hier non plus. Pour Forgues (2008 : 16), le développement économique communautaire est une façon pour les FHQ de revendiquer leur autonomie. Comme le démontrent les recherches de Marcel Martel, la question de l'économie faisait d'ailleurs partie du discours de l'élite cléricale dès la première moitié des années 1900, ce afin de dénoncer l'attrait des gains pécuniaires qu'on leur faisait miroiter le mode de vie urbain (Martel, 2008 : 101). Le mouvement coopératif a aussi marqué de façon particulière le développement économique des FHQ à cette époque (Forgues, 2008 : 17 ; voir aussi Thériault, 1995). Toutefois, à partir des années 1960, avec le développement de l'État-providence, les débats sur les défis de la pauvreté commenceront à prendre de l'ampleur.

Ces discussions sur la pauvreté prennent une coloration particulière pour les Canadiens français. Les constats de pauvreté nourrissent le débat sur le devenir de la nation dans un contexte de montée du courant idéologique de la nouvelle gauche, montée alimentée par les mouvements de libération nationale et de décolonisation (Martel, 2008 : 104).

Le rattrapage économique, visant à combler le retard qu'accusent les Canadiens français dans ce domaine, est l'un des premiers fers de lance du réseau associatif francophone hors Québec, qui est en formation durant les années 1970. Un rapport datant de 1973 portant sur la situation économique des Franco-Ontariens estime que le quart de cette population vit dans la pauvreté (Martel, 2008 : 107). Le premier manifeste publié par la FFHQ en 1977, *Les héritiers de Lord Durham*, permet de saisir l'ampleur que prend cet enjeu dans les revendications de cet organisme. On note l'écart au niveau des taux de chômage, des niveaux d'éducation, et du revenu annuel moyen, entre les FHQ et les Canadiens de langue anglaise. Le manifeste conclue : « La situation globale des francophones hors Québec est précaire : non seulement leur survie culturelle est menacée, mais leur situation socioéconomique est dangereusement anémique » (FFHQ, 1977 : 43). En 1981, la FFHQ continue à faire de l'économie un enjeu important, en publiant un nouveau manifeste intitulé *Un espace économique à inventer*.

Durant les années 1980, alors que l'État canadien prend le virage néolibéral, les organismes porte-parole des FHQ se repositionnent en faveur d'une autonomie institutionnelle dans le domaine économique, ce dernier étant vu comme un lieu de pouvoir à investir (Martel,

2008 : 108). Les questions d'entrepreneuriat et de partenariat économique francophone surgissent aussi dans le discours communautaire. Comme l'explique Forgues (2008 : 19), « les CFMS ne craignent plus de faire de l'économie à la manière de la majorité, comme si la survie socioculturelle et identitaire ne s'opposait plus à l'univers économique dominant. Le succès économique des communautés semble passer par le succès d'individus en affaires ». On voit donc ici deux pendents, l'un plus communautaire, l'autre plus individualiste, du discours sur le développement économique des FHQ. Mais malgré les efforts et les revendications des organismes porte-parole des FHQ, le Commissariat aux langues officielles enregistrerait toujours, en 1996, un retard au niveau du développement économique et du développement des ressources humaines chez les FHQ (*ibid* : 22). En réponse à cet enjeu, le gouvernement fédéral, par l'entremise du ministère du Développement des ressources humaines, a notamment créé le Réseau de développement économique et d'employabilité (RDÉE), un organisme pancanadien avec des succursales provinciales chargées de travailler au développement économique des minorités de langue officielle.

La Société d'aide au développement des collectivités (SADC) Simcoe Nord ainsi que CALDECH faisaient partie, pour leur part, d'un programme orchestré par Industrie Canada. Le mandat de ce programme, le « programme de développement des collectivités » (*DesRochers* : au para. 7) visait le développement des entreprises locales, dans une optique du « par et pour » les collectivités visées par le programme. Comme la description du programme le rappelle, « le développement économique communautaire (DEC) est une approche globale de développement selon laquelle les collectivités assument leur propre avenir économique et décident de la voie qu'elles suivront pour atteindre leur but »¹⁴² (*ibid.* : au para. 52). C'est dans ce contexte que les FHQ de la région de l'Huronie ont cherché à obtenir une autonomie institutionnelle, par l'entremise d'une SADC qui leur serait propre, une revendication exacerbée par le manque de services en français offerts par Simcoe Nord.

La question de l'aménagement linguistique municipal, pour sa part, prend l'avant-scène dans la foulée d'une série de revendications dépassant les frontières de l'Ontario, alors que cette question prend beaucoup d'ampleur au Nouveau-Brunswick à la fin de la décennie 2000. Cet enjeu est vu comme étant important pour les FHQ à cause de la dimension symbolique que l'affichage commercial octroie aux langues qui y sont utilisées. Comme l'explique Roussel,

¹⁴² Souligné dans le texte.

l'affichage public est « l'une des manifestations les plus visibles de l'inégalité linguistique » (Roussel, 2013 : 202), particulièrement en milieu minoritaire.

Dupuis (2014 : 2) observe que de part et d'autre du pays, les revendications concernant la législation dans la langue de l'affichage prennent surtout place dans des municipalités où les francophones se retrouvent en majorité, et sont plus timides en milieu urbain. Alors que le comté de Russell a fait acte de pionnier en adoptant son règlement en 2008, celui-ci a rapidement intéressé d'autres municipalités. À Dieppe, une ville du Nouveau-Brunswick où 80 % de la population est francophone, une pétition afin d'enjoindre au conseil municipal de légiférer pour que l'affichage commercial devienne obligatoirement bilingue a circulé en 2008, récoltant plus de 4 000 signatures. La SANB a envoyé une délégation de représentants dans l'Est ontarien afin d'étudier le fonctionnement du règlement nouvellement adopté sur le terrain (*Le Droit*, 10 mai 2009 : en ligne). En 2009, le Front commun pour l'affichage bilingue était fondé par des organismes acadiens afin de faire pression sur les villes de Dieppe et de Moncton. Le conseil municipal de Dieppe a finalement adopté l'*Arrêté Z-22 réglementant l'affichage commercial extérieur à Dieppe* la même année. Selon ce règlement, toute nouvelle affiche commerciale extérieure doit être écrite dans les deux langues officielles, le français apparaissant avant l'anglais et le lettrage des deux langues étant identique. Ce règlement apparaissait comme un compromis entre l'affichage unilingue français, qui avait été originalement considéré par Dieppe, et le *statu quo* du libre choix de la langue d'affichage (Wade, 2015 : 144).

Quelques grandes compagnies propriétaires d'affiches commerciales entendaient contester ce règlement devant les tribunaux, puis se sont ravisées en 2012 après le jugement *Galganov* de la Cour d'appel de l'Ontario et ont payé les nombreuses amendes qu'elles avaient encourues depuis l'entrée en vigueur du règlement (*Radio-Canada*, le 12 juillet 2012 : en ligne). La ville de Moncton, pourtant devenue officiellement bilingue après la décision *Charlebois n° 1* en 2002, a préféré opter pour une campagne de sensibilisation envers les commerçants (*Le Soleil*, le 22 septembre 2010 : en ligne). Dupuis (2014) voit d'ailleurs un parallèle entre les situations urbaines de Moncton et d'Ottawa, deux villes à caractère bilingue où les élus municipaux ont tergiversé, pour ensuite abandonner, l'idée d'un règlement sur l'affichage. En 2011, les municipalités de Petit-Rocher et d'Atholville ont elles aussi adopté un tel règlement, calqué sur celui de Dieppe (*L'Acadie Nouvelle*, le 15 mars 2011 : en ligne). L'an dernier, l'ACFO de Prescott-Russell se donnait comme mandat de prioriser l'affichage bilingue dans les quatre

municipalités du comté n'ayant toujours pas adopté de règlement à cet effet (*Le Droit*, le 18 juin 2014 : en ligne). Il semble donc que les FHQ aient connu une mobilisation ciblée dans certaines régions particulières (est ontarien, sud-est et nord-est néo-brunswickois) afin de faire de cet enjeu une priorité. En Ontario, ce sera l'« *angryphone* » autoproclamé Howard Galganov (*National Post*, le 28 mai 2013 : en ligne), appuyé par le « libertaire local » (Dupuis, 2014 : 5) Jean-Serge Brisson, qui feront des démarches pour tenter d'obtenir des tribunaux une annulation du règlement, en vain.

Au Nouveau-Brunswick, Mario Charlebois, de son côté, s'est tourné vers le judiciaire à maintes reprises non pas pour tenter de faire renverser un règlement sur les langues officielles, mais au contraire, pour instaurer le bilinguisme municipal. Ses premières causes remontent au début des années 1990 (*Charlebois v. Moncton (Greater) Planning District*, [1992] N.B.J. No. 650). Il a intenté un si grand nombre de litiges à cet effet qu'il a été déclaré plaideur quérulent au début de la décennie 2010 (*Riverview (Town) c. Charlebois*, 2014 NBBR 154 : au para. 1). Dans *Charlebois n°1*, il a réussi à obtenir gain de cause contre la ville de Moncton. Il a toutefois essuyé un échec comme nous l'avons vu dans *Charlebois n°2*, à Saint John et dans toutes les autres municipalités de la province. Au moment où ces lignes étaient écrites, Charlebois attendait qu'une décision soit rendue dans un litige de même nature qu'il a intenté contre la municipalité de Riverview, en banlieue de Moncton (*Radio-Canada*, le 22 janvier 2015 : en ligne).

Pendant que Charlebois cherchait à obtenir le bilinguisme des municipalités dans le sud du Nouveau-Brunswick, la population du nord de la province, quant à elle, cherchait à préserver ses acquis en matière de représentation électorale. La lutte devant les tribunaux afin de protéger la circonscription d'Acadie-Bathurst n'était d'ailleurs pas la première en son genre. Dix ans plus tôt, en 1994, la commission de révision des limites électorales avait modifié deux autres circonscriptions à majorité francophone. La région de St-Louis-de-Kent, qui faisait partie de la circonscription Beauséjour-Petitcodiac avait alors été annexée à la circonscription de Miramichi. Les paroisses de Grand-Sault, Drummond et St-André, pour leur part, avaient été transférées de la circonscription de Madawaska-Victoria à la nouvelle circonscription à prédominance anglophone de Tobique-Mactaquac (Léger-Haskell, 2013 : 50). Malgré les remontrances de la communauté acadienne à l'époque, incluant un litige en cour entendu sans tambour ni trompette dans un tribunal de première instance à Edmundston, dans le nord-ouest de la province, la décision de la commission n'avait pas été renversée (*ibid.* : 51). Lorsqu'une situation semblable

s'est présentée à nouveau dans la province, 10 ans plus tard, « *this case and the negative repercussions of the subsequent federal electoral boundary redistribution on the francophone voters transferred to the new districts would serve as ammunition* » (*ibid.* : 52) pour la population d'Acadie-Bathurst. L'organisation sur le terrain ainsi que devant les juges a pris beaucoup plus d'ampleur que durant la décennie précédente, incluant une pétition contre la décision de la commission, une campagne de cartes postales envoyées au Président de la Chambre des communes en guise de protestation, ainsi qu'une campagne de menace d'annulations massives des votes dans la circonscription lors des prochaines élections fédérales (*ibid.* : 55). Cette fois-ci, lorsque les demandeurs se sont présentés devant un juge, en 2004, ce fut en Cour fédérale à Ottawa, et leur argumentaire s'appuyait sur la notion de communauté d'intérêts telle que retrouvée dans la *Loi sur la révision électorale*, avec les résultats que l'on connaît aujourd'hui.

Finalement, la mobilisation des minorités de langue officielle dans le domaine de l'instruction dans la langue de la minorité se présente sous un jour différent au Québec et chez les FHQ, comme le remarque Normand :

Si les causes célèbres émanant du Québec qui se sont rendues en Cour suprême relèvent plus souvent des deux premiers paragraphes de l'article 23 – sur l'accès à l'éducation dans la langue de la minorité – en opposant ses dispositions à celles contenues dans la *Charte de la langue française* du Québec, celles émanant des autres provinces relèvent plus souvent de la troisième partie du même article (Normand, 2013 : 192-193).

C'est en effet ce phénomène que nous observons durant cette dernière période. Alors qu'en Nouvelle-Écosse, ce sont les droits de faire instruire les enfants dans des établissements d'enseignement de la minorité, retrouvé au paragraphe 23(3) de la *Charte*, qui sont en cause, les trois litiges provenant du Québec se présentaient en termes de revendications de droits individuels d'accès à l'instruction retrouvés aux paragraphes 23(1) et (2). Il faut dire qu'au contraire des FHQ, les Anglo-Québécois avaient depuis longtemps obtenu leurs propres écoles et des conseils scolaires homogènes sur le plan linguistique. C'était surtout la question de l'accès à ces écoles qui était en jeu, à la lumière des dispositions de la *CLF* et de la *Charte*. Toutefois, comme l'indique Richez (2014 : 28), au tournant des années 2000, l'enjeu de l'accès aux écoles de la minorité linguistique était désormais aussi porté par des membres de la communauté allophone. Cette communauté formait une partie importante de la clientèle des « écoles passerelles », qui sont, nous le rappelons, des écoles privées non subventionnées (ÉPNS) par le

gouvernement provincial, où les parents pouvaient inscrire leurs enfants pour une courte période de temps afin d'obtenir l'accès subséquent aux écoles publiques anglophones de la province (*ibid.* : 28-29). En 2002, l'Assemblée nationale du Québec a adopté à l'unanimité la *Loi 104, Loi modifiant la Charte de la langue française*, afin de mettre fin à ce phénomène. La loi stipulait entre autres que dans le processus d'autorisation d'accès aux écoles de la minorité, le temps passé dans les ÉPNS et le temps passé dans les écoles de la minorité en vertu d'une autorisation spéciale n'allait pas être pris en compte. Comme nous l'avons vu dans *Nguyen*, ces dispositions ont été jugées inconstitutionnelles, même si les juges ont reconnu l'enjeu de l'authenticité du parcours scolaire de l'enfant et que l'objet de la *Charte* n'était pas le retour au libre choix de la langue d'instruction. Pour Richez, cette décision mettait au jour l'implacable parallélisme constitutionnel de la Cour suprême en matière de droits linguistiques.

This approach consists of treating linguistic minorities equally regardless of their official spoken language. Section 23 of the Charter specifically refers to the protection of provincial linguistic minorities – namely Francophones outside Quebec and Anglophones inside Quebec – and not the protection of French, which is a minority language in Canada as a whole. [...] In interpreting minority language educational rights, the Court seems to have been mainly concerned with the situation of Francophones outside Quebec and how its jurisprudence on the CFL may affect it, rather than with the lot of French in Quebec (ibid.: 33).

En réponse aux arrêts *Solski* et *Nguyen*, l'Assemblée nationale du Québec a alors adopté sous bâillon, en 2010, la Loi 115, *Loi faisant suite aux décisions judiciaires en matière de langue d'enseignement*. Cette loi rend possible l'accès aux écoles de la minorité après un passage d'au moins trois ans dans une ÉPNS (*Radio-Canada*, le 20 octobre 2010 : en ligne). Cette législation pourrait toutefois être contestée devant les tribunaux dans un avenir prochain (Richer, 2014 : 46).

Ce survol du contexte politique représente la toile de fond à partir de laquelle on peut comprendre pourquoi les FHQ se sont retrouvés devant les tribunaux afin de faire entendre leurs revendications d'autonomie durant cette décennie. Comme par le passé, les FHQ ont continué de négocier avec les législateurs afin de faire entendre leurs revendications d'autonomie, mais lorsque cette avenue ne portait pas fruit, ils se sont tournés vers l'arène juridique (Normand, 2013 : 190). Voyons maintenant comment les juges ont répondu à ces revendications, c'est-à-dire si la possibilité d'énoncer une norme d'autonomie pour les FHQ a été réalisée dans les années menant au trentième anniversaire de la *Charte*. Le tableau 5.5 fait état des mutations dans ce domaine.

Tableau 5.5 L'énonciation d'une norme d'autonomie et les représentations des juges, 2001-2012

Titre de la décision	Année	Norme d'autonomie
<i>Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)</i> (Cour d'appel de l'Ontario)	2001	Autonomie et complétude institutionnelles : Préservation d'un établissement important dans le réseau des institutions franco-ontariennes
<i>Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)</i>	2003	Autonomie institutionnelle : Droit de la minorité linguistique de créer des établissements homogènes de langue française à l'endroit géographique où elle en voit le besoin, dans des délais raisonnables
<i>Raïche c. Canada (Procureur général)</i> (Cour fédérale)	2005	Droit de participation à la vie politique de l'État par la représentation électorale
<i>Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)</i>	2005	Autonomie personnelle : Clarification des critères d'accès aux établissements scolaires de la minorité de langue officielle
<i>Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)</i>	2005	Pas de reconnaissance d'autonomie
<i>Charlebois c. St. John (Ville) (Charlebois n°2)</i>	2005	Pas de reconnaissance d'autonomie
<i>Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada</i>	2008	Autonomie personnelle : Accès en français à un service de police sur le territoire du Nouveau-Brunswick
<i>DesRochers c. Canada (Industrie)</i>	2009	Pas de reconnaissance d'autonomie
<i>Québec (Éducation, loisir et sport) c. Nguyen</i>	2009	Autonomie personnelle : Clarification des critères d'accès aux établissements scolaires de la minorité de langue officielle
<i>Galganov c. Russell (comté)</i> (Cour d'appel de l'Ontario)	2012	Autonomie territoriale locale : Droit de légiférer sur l'aménagement linguistique d'une municipalité en Ontario

À l'égard d'une norme d'autonomie pour les FHQ, les décisions de cette période accusent certaines avancées, mais il est impossible de dire que les juges ont répondu à toutes les aspirations des FHQ dans ce domaine. Premièrement, avec l'arrêt *Lalonde*, les juges ont protégé l'autonomie institutionnelle de la population franco-ontarienne en matière de santé dans le cas de l'hôpital Montfort. Comme l'indiquent Gilbert et coll., dans *Lalonde*, le discours institutionnel,

qui a historiquement servi à soutenir les luttes scolaires francophones, est énoncé pour la première fois devant les tribunaux pour affirmer l'importance des institutions de santé pour la survie de la communauté francophone. [...] La pertinence du discours sur le rôle essentiel des institutions gérées par les francophones est ainsi légitimée par ces décisions juridiques (Gilbert et coll., 2005 : 41-42).

Cette reconnaissance provient en partie de la confirmation par les juges de l'argument de la *complétude institutionnelle* qui leur fut présenté par les sociologues Roger Bernard et Raymond Breton. Les juges expliquent que

Dans leurs témoignages, ces experts ont affirmé que même si les hôpitaux ne comptent pas parmi les institutions qui revêtent la plus haute importance pour une culture, ils sont néanmoins « tout aussi importants dans le réseau des

institutions d'une culture minoritaire » et servent de moyens d'expression et d'affirmation de l'identité culturelle (*Lalonde* : au para. 69).

La cause *Lalonde* a ouvert la porte à la possibilité que d'autres institutions francophones de soins de santé soient reconnues comme nécessaires à la pérennité des FHQ, mais cela n'a pas encore été confirmé devant un tribunal. Selon Foucher, partout au pays, à l'exception du Nouveau-Brunswick où la dualité a été instaurée au sein des régions de santé,

la prestation de soins de santé en français découle uniquement d'arrangements administratifs. Il n'existe pas de droit à des hôpitaux linguistiquement homogènes, ni de droit de gérer ceux-ci, droit qui aurait pu conduire à l'autonomie administrative des minorités francophones dans le domaine de l'organisation et de la prestation des soins de santé en français (Foucher, 2012 : 105).

La portée de *Lalonde* à l'extérieur du cadre précis de l'hôpital Montfort reste encore inconnue. Par ailleurs, le fait que la Cour d'appel de l'Ontario ait reconnu que « l'intérêt public » doit comprendre la protection des minorités linguistiques (Foucher, 2008a : 467) est aussi une avancée potentiellement importante pour le droit linguistique. Cet élément jurisprudentiel pourrait être utilisé pour légitimer d'autres revendications de la part des FHQ.

Dans le domaine de l'éducation, les juges dans *Doucet-Boudreau* énoncent le même type d'autonomie pour les FHQ que dans *Arsenault-Cameron*, soit une autonomie de type institutionnel reposant sur le droit d'obtenir des établissements d'enseignement aux endroits où ils en voient la nécessité. Les juges vont un peu plus loin en rajoutant l'obligation des gouvernements d'agir dans un délai approprié. La norme d'autonomie des FHQ est assortie d'une obligation supplémentaire de la province de respecter et de mettre en œuvre les décisions des FHQ dans ce domaine sans tarder. Toutefois, lorsque ces droits sont appliqués au Québec, les juges proposent une forme d'autonomie personnelle dans les décisions *Solski* et *Nguyen*, et n'énoncent pas de possibilité d'autonomie, personnelle ou autre, dans la cause *Gosselin*. Cette observation n'est pas surprenante vu la façon dont les juges ont évité de reconnaître la portée collective des dispositions de l'article 23 dans ces décisions, comme nous en avons discuté plus haut. Dans *Solski* et *Nguyen*, la norme d'autonomie personnelle se retrouve dans la clarification des critères d'accès aux établissements scolaires de la minorité. Alors que dans *Solski* et *Gosselin*, les juges avaient préconisé le *statu quo*, les répercussions ont été plus grandes dans *Nguyen*, où le régime linguistique québécois en matière scolaire s'est vu assujéti au régime canadien. Comme l'indique Richez (2014 : 44), « [w]hen the Supreme Court invalidated the new

measures introduced by Bill 104 in Nguyen, it removed from Quebec government an important policy tool to ensure the integration of new comers into French culture ».

La décision *Raïche*, pour sa part, bien que représentant une victoire pour les FHQ, ne permet d'énoncer aucune norme d'autonomie pour ces derniers. Cet arrêt confirme le droit de participation des minorités à la vie de l'État, comme l'indique Roy (2006 : aux paras. 383-385). La reconnaissance et la protection d'une communauté d'intérêts dans la circonscription d'Acadie-Bathurst est une mesure d'intégration des minorités dans le système démocratique canadien, puisqu'au bout de cette reconnaissance se trouve le droit à la représentation par un « ombudsman » à Ottawa, un membre du Parlement élu par la communauté. Même si elle ne mène pas à l'autonomie, cette reconnaissance n'est pas anodine. Comme l'explique Roy (*ibid.* : au para. 384), « ces droits servent principalement d'instruments aux minorités pour faciliter leur participation à différentes facettes de la vie de l'État, qu'elle soit culturelle, économique, politique ou sociale, et leur donnent voix au chapitre à différents niveaux locaux, régionaux, ou nationaux ». Il s'agit d'un différent type de pouvoir qui est ici octroyé aux FHQ, et qui n'est disponible que là où ils se retrouvent en concentration assez forte sur un territoire donné.

Dans *Charlebois n° 2*, les juges n'avancent aucune norme favorable à l'autonomie pour les FHQ au Nouveau-Brunswick. Toutefois, la décision *SAANB* énonce, pour cette même population, une avancée en termes d'autonomie personnelle, en garantissant l'accès à des services de police dans les deux langues officielles, sur tout le territoire de la province.

Comme le souligne Foucher (2012), *DesRochers* représente un recul pour l'autonomie des FHQ par rapport à l'arrêt *Lalonde*. Alors que, comme dans le cas des institutions de soin de santé de l'Ontario, les FHQ revendiquaient dans le domaine du développement économique le droit à une institution distincte de celle de la majorité, institution par ailleurs déjà existante avec CALDECH, la Cour d'appel fédérale a refusé de donner suite à cette demande. Elle a plutôt suggéré dans son arrêt que « toute revendication par les minorités de langue officielle du Canada d'une gestion autonome de la prestation de services publics fédéraux relèverait, s'il y a lieu, de la Partie VII de la [LLO] et de cet engagement fédéral à prendre des 'mesures positives' en faveur

des minorités linguistiques » (Foucher, 2012 : 108). Or, la Partie VII, depuis qu'elle est devenue justiciable, n'a pas été interpellée devant la Cour suprême¹⁴³.

Finalement, l'arrêt *Galganov* constitue un genre complètement nouveau, dans la jurisprudence, d'avancement d'une norme d'autonomie pour les FHQ, en ce qu'il leur confère une autonomie territoriale (locale). La décision de la Cour d'appel de l'Ontario, en déclarant la légalité du règlement municipal concernant l'affichage bilingue, a entériné le droit de légiférer sur le paysage linguistique du canton. Cette décision démontre que l'arène municipale est un lieu de pouvoir que les FHQ concentrées sur un territoire local peuvent investir, et sur le territoire de Russell plus particulièrement, il consacre l'égalité des langues officielles.

Conclusion

Cette analyse des litiges en matière de droits linguistiques dans les années menant au trentième anniversaire de la *Charte* démontre que malgré les avancées prometteuses que représentait la mise en place d'un paradigme d'interprétation libérale et généreuse des droits linguistiques, au tournant de la décennie précédente, celle-ci n'a pas entraîné toutes les retombées escomptées par les FHQ en termes d'énonciation d'une norme d'autonomie par les juges. Alors que ce paradigme a été consolidé par la reconnaissance, dans *Lalonde*, du principe non écrit de protection des minorités dans le droit linguistique, les espoirs des FHQ de voir l'autonomie institutionnelle reconnue dans d'autres domaines que le domaine scolaire, notamment le développement économique, ont été contrecarrés par l'interprétation des juges.

Comme nous l'avons vu, même si les FHQ sont entrés dans une période de calme relatif au niveau politique après la fin de l'épisode des négociations constitutionnelles, quelques dossiers importants ont poussé leur mobilisation, comme l'initiative du sénateur Jean-Robert Gauthier afin de rendre la Partie VII de la *LLO* exécutoire ainsi que l'abolition du PCJ, renaissant de ses cendres sous le nom de Programme d'appui aux droits linguistiques après que la FCFA eut brandi envers le gouvernement fédéral la menace d'un litige en Cour fédérale. Les FHQ ont encore fait appel aux tribunaux à maintes reprises afin de faire entendre leurs doléances. Les nombreux litiges portés en Cour ont donné l'occasion aux juges d'affiner leur vision des droits linguistiques dans certains domaines traditionnels de contentieux, ainsi que d'éclairer la portée de

¹⁴³ La Cour fédérale ainsi que la Cour d'appel fédérale ont toutefois entamé son interprétation, notamment dans *Picard c. Canada*, [2011] 2 R.C.F. 192, *FCFA c. Canada*, [2010] C.F. 999, et *Canada (Commissaire aux langues officielles) c. Radio-Canada*, [2015] 3 R.C.F. 481.

ces droits dans une série de domaines nouveaux. Comme nous l'avons vu, les juges ont pu faire entrer dans le droit linguistique le principe non écrit de protection des minorités, par l'entremise de l'arrêt *Lalonde*, une avancée importante, bien que ce principe soit soumis à l'interprétation des lois existantes (Proulx, 2005). Par ailleurs, alors que la tradition étatique du compromis politique semblait avoir été neutralisée au regard de son influence sur la portée des droits linguistiques depuis la « nouvelle trilogie », on voit que les juges, dans la dernière partie de cette décennie, commencent à faire complètement abstraction de cette tradition. Cette évolution graduelle démontre bien le travail progressif de réinterprétation qui a été effectué par les juges depuis l'adoption de la *Charte*.

Notre corpus pour ces onze dernières années comptait dix causes, dont quatre portant sur l'article 23 de la *Charte*. De ces quatre causes, trois provenaient du Québec, soit *Solski*, *Gosselin*, et *Nguyen*. Ces arrêts nous ont permis d'effectuer une analyse de type comparée par rapport aux litiges provenant de l'extérieur du Québec. Nous avons observé, à l'instar de Richez (2014), que dans la dernière décennie, les juges ont modulé leur interprétation du droit à l'instruction dans la langue de la minorité dans ces trois causes québécoises afin de protéger les acquis des FHQ dans ce domaine. Cette observation démontre que la représentation des juges de l'article 23 a été contextualisée à la lumière d'un fédéralisme asymétrique, corroborant l'analyse de Foucher (2008b). En ce qui a trait aux litiges intentés par les FHQ, cette période a commencé en lion avec la décision *Lalonde* de la Cour d'appel de l'Ontario en 2001. Nous considérons cet arrêt comme un point tournant dans la jurisprudence : celui-ci a non seulement empêché la province de l'Ontario d'effectuer des modifications à l'offre de services à l'hôpital Montfort, préservant l'intégrité de l'institution francophone ; il a aussi introduit dans le droit linguistique la notion de protection des minorités et a légitimé un argumentaire fondé sur la complétude institutionnelle, protégeant l'autonomie institutionnelle de la communauté franco-ontarienne en matière de santé. Toutefois, cette avancée doit être considérée avec prudence. Comme l'indique Foucher, il semble que « 'L'affaire Montfort' [soit] un cas unique fondé sur [d]es faits [particuliers] plutôt que comme le début d'une avancée juridique qui aurait été spectaculaire si elle s'était poursuivie » et que « [l]a porte du développement du principe de protection des minorités est toujours ouverte » (Foucher, 2012 : 469-470). En effet, cette décision reposait sur un contexte bien précis et n'énonçait pas un droit général à l'autonomie institutionnelle en matière de santé pour les FHQ.

En outre, après *Lalonde*, nous n'avons pas été témoin d'autres avancées notoires à l'égard du principe de protection des minorités, principe dont le potentiel reste encore à exploiter.

L'arrêt *Doucet-Boudreau*, pour sa part, démontrait une dépendance au sentier depuis *Arsenault-Cameron* au niveau de la méthode d'interprétation des droits à l'instruction dans la langue de la minorité. Les juges ont continué de réviser la portée de la tradition du fédéralisme sur leur interprétation du droit linguistique, afin d'imposer l'obligation du gouvernement d'agir sans tarder pour remplir ces obligations. La décision *Raïche* a offert aux FHQ une reconnaissance en tant que « communautés d'intérêts » dont la protection était importante dans le cadre du système démocratique canadien. Alors que *Charlebois n° 2* a déterminé que les villes du Nouveau-Brunswick ne formaient pas des institutions de la province et n'étaient donc pas assujetties aux obligations linguistiques de cette dernière, l'affaire Paulin a donné préséance au régime linguistique provincial sur le régime fédéral en matière de services de police accomplis par la GRC dans cette province. La décision *DesRochers*, pour sa part, a clarifié la portée et les limites du principe d'égalité réelle, démontrant que celle-ci n'était pas garante d'autonomie institutionnelle pour les FHQ. Finalement, l'arrêt *Galganov* a prouvé que l'enjeu de l'aménagement linguistique municipal est aussi porteur d'un pouvoir symbolique important pour les FHQ, enjeu ayant dépassé les limites de l'Ontario dans les dernières années. L'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario en 2012 a démontré que les FHQ pouvaient obtenir une certaine autonomie territoriale dans les juridictions locales, là où ils se trouvent en concentration suffisante.

En somme, notre analyse de la jurisprudence des onze années précédant le trentième anniversaire de la *Charte* illustre « la difficulté qu'éprouvent les communautés linguistiques minoritaires à faire prévaloir leur propre analyse et vision des droits linguistiques, même devant les tribunaux » (Foucher, 2008a : 480). Cette dernière décennie montre à voir que malgré la mobilisation juridique des FHQ dans de nouveaux domaines et la consolidation d'un paradigme d'interprétation libérale et généreuse des droits linguistiques, la possibilité des juges de faire avancer une norme d'autonomie a été graduelle, mais limitée.

Conclusion

Trente ans après l'adoption de la *Charte* : l'énonciation d'une norme d'autonomie pour les francophones hors Québec

La thèse a présenté la question de l'autonomie des francophones hors Québec au regard de l'activisme judiciaire dans le domaine des droits linguistiques, depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Nous avons démontré, par le moyen d'une étude exhaustive de la jurisprudence dans le domaine du droit linguistique, que la possibilité pour les juges de faire avancer une norme d'autonomie correspondant aux revendications des FHQ a été contrainte par le contexte institutionnel conditionnant leur représentation des droits linguistiques. Cette analyse a combiné l'analyse institutionnelle et l'herméneutique gadamérienne, portant une attention particulière à la question des représentations, afin de compléter l'approche personnelle aux décisions des juges. Ce cadre théorique et méthodologique nous a permis de mettre en lumière les mutations graduelles au sein de la jurisprudence de droit linguistique, d'une part, et d'autre part, d'en extraire des représentations favorables à l'énonciation d'une norme d'autonomie pour les FHQ.

Cette conclusion cherchera à faire le point sur nos résultats d'analyse de deux façons. Dans un premier temps, nous reviendrons sur le contexte institutionnel, soit les principes d'interprétation et les traditions étatiques, ayant conditionné la représentation que se font les juges des droits linguistiques et de leur portée, retrouvés dans la jurisprudence. Entre autres, nous présenterons les moments de dépendance au sentier et les points tournants dans cette jurisprudence. Nous montrerons comment la transformation graduelle des représentations des droits linguistiques véhiculée dans la jurisprudence fait apparaître la présence de « paradigmes » des droits linguistiques, au sens de Jenson (1989). Dans un deuxième temps, nous aborderons la question de l'avancement d'une norme d'autonomie pour les FHQ au sein de la jurisprudence. Nous présenterons la ou les formes d'autonomie retrouvées dans la jurisprudence selon les domaines d'interprétation pour les mettre en rapport avec les revendications des FHQ. Ensuite, nous évaluerons cette norme d'autonomie à l'égard des modèles d'autonomie retrouvés dans la littérature. Quel type d'autonomie les juges ont-ils octroyé aux FHQ? Quels sont les angles morts de cette autonomie? Nos résultats nous amèneront à réfléchir sur les conséquences politiques de

la judiciarisation de la question linguistique pour faire avancer l'autonomie des FHQ. En conclusion, nous reviendrons sur les contributions empiriques, normatives et théoriques de notre thèse au sein de la littérature existante, et nous émettrons quelques pistes de réflexion en vue de travaux futurs.

Le contexte d'interprétation des droits linguistiques

En reprenant une partie des résultats de notre analyse aux chapitres 3 à 5, le tableau 6.1 propose une synthèse de l'évolution des principes d'interprétation et des traditions étatiques présentes dans la jurisprudence étudiée, et qui ont guidé l'interprétation des juges des droits linguistiques. Nous avons indiqué la présence de « points tournants » dans la jurisprudence, c'est-à-dire des jugements qui se démarquent de leurs prédécesseurs sur le plan de l'approche d'interprétation générale : entre autres, l'on observe une modification graduelle de la signification des traditions étatiques guidant l'interprétation des juges. Nous avons aussi constaté des éléments de dépendance au sentier, qui représentent des épisodes de stabilité. Ces moments de stabilité ne signifient pas que les arrêts qui les constituent soient tous similaires. Les juges y ont toujours la possibilité de faire un travail d'interprétation, mais celui-ci est de nature plus graduelle et « suit le sentier » établi, alors que durant les points tournants, la représentation des droits linguistiques portée par la jurisprudence est révisée de façon déterminante. Ces outils d'analyse historico-institutionnelle nous ont permis de proposer, pour utiliser le vocabulaire de Jenson, quatre « paradigmes » d'interprétation des droits linguistiques. Ces paradigmes définissent le contexte institutionnel guidant la représentation des droits linguistiques chez les juges, leur interprétation de ces droits, ainsi que la possibilité d'énoncer une norme d'autonomie pour les FHQ.

Tableau 6.1: Le contexte d'interprétation des droits linguistiques, 1982-2012

Décision (année)	Principes	Contexte d'interprétation	Paradigme
<i>Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights</i> (1984)	Principe de réparation Égalité des langues officielles Fédéralisme Nature sociale des droits linguistiques	Dépendance au sentier : Les juges suivent les premiers jalons d'interprétation généreuse énoncés par la Cour suprême entre 1975 (lors de l'arrêt <i>Jones</i>) et 1982. La tradition du fédéralisme contextualise et limite la portée des droits linguistiques : mise en œuvre est la responsabilité de la province.	Paradigme d'interprétation généreuse
<i>Procureur général du Québec c. Québec Protestant School Boards</i> (1984)	Principe de réparation Égalité des langues officielles Fédéralisme	Dépendance au sentier : L'institutionnalisation de l'interprétation généreuse.	

		La tradition du fédéralisme contextualise et limite la portée des droits linguistiques : mise en œuvre est la responsabilité de la province.	
<i>Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba</i> (1985)	Égalité des langues officielles Nature sociale des droits linguistiques	Dépendance au sentier : L'institutionnalisation de l'interprétation généreuse	
<i>Bilodeau c. Procureur général (Manitoba)</i> (1986)	Égalité des langues officielles Compromis politique (Wilson dissidente : Égalité des langues officielles)	Point tournant : L'instauration de la « doctrine du compromis » des droits linguistiques par le juge Beetz. Cette trilogie représente les premiers jalons de l'interprétation restrictive.	Paradigme d'interprétation restrictive – contesté dans les jugements minoritaires des juges Wilson et Dickson, puis révisé par La Forest
<i>MacDonald c. Ville de Montréal</i> (1986)	Égalité des langues officielles Compromis politique (Wilson, dissidente : Égalité des langues officielles ; Dualité linguistique ; Nature sociale des droits linguistiques)	La tradition du compromis politique contextualise et restreint la portée des droits linguistiques. La juge Wilson, et dans une moindre mesure, le juge en chef Dickson, dissidents, présentent une vision allant dans le sens d'une dépendance au sentier avec les interprétations généreuses antérieures. Wilson énonce deux éléments interprétatifs qui seront repris plus tard : la dualité linguistique et le principe de progression.	
<i>Société des Acadiens c. Association of Parents</i> (1986)	Compromis politique (Dickson, dissident : Égalité des langues officielles ; dualité linguistique) (Wilson, dissidente : Égalité des langues officielles; Principe de progression)		
<i>R. c. Mercure</i> (1988)	Égalité des langues officielles Nature sociale des droits linguistiques Dualité linguistique Compromis politique	Dépendance au sentier : L'institutionnalisation de la doctrine du compromis. La tradition du compromis politique est réinterprétée à la lumière de la préoccupation historique envers la dualité linguistique retrouvée dans l'esprit de la <i>Charte</i> et de la nature sociale des droits linguistiques, mais garde son caractère contraignant.	
<i>Ford c. Procureur général (Québec)</i> (1988)	Fédéralisme Nature sociale des droits linguistiques	Dépendance au sentier : La tradition du fédéralisme contextualise et limite la portée des droits linguistiques au Québec : tension entre la <i>CLF</i> et la <i>Charte</i>	
<i>Devine c. Procureur général (Québec)</i> (1988)	Fédéralisme Nature sociale des droits linguistiques		
<i>Révision de la Loi sur les langues officielles</i> (1988)			
<i>Mahe c. Alberta</i> (1990)	Principe de réparation Dualité linguistique Portée collective des droits linguistiques	Point tournant : Instauration d'une interprétation généreuse des droits linguistiques dans le domaine scolaire et énonciation de la portée collective des droits linguistiques.	Paradigme d'interprétation généreuse – contesté par <i>Paquette</i> , qui fait figure

	Égalité des groupes linguistiques Compromis politique Fédéralisme	La tradition du compromis politique est réinterprétée; commande la « prudence » envers les droits linguistiques. La tradition du fédéralisme contextualise et limite la portée des droits linguistiques; ces derniers octroient le droit à une école, mais pas à un conseil scolaire francophone; les moyens de la mise en œuvre reviennent à la province.	d'exception, portant sur les mêmes dispositions que <i>Mercur</i>
<i>R. c. Paquette</i> (1990)	Égalité des langues officielles Nature sociale des droits linguistiques Dualité linguistique	Dépendance au sentier : L'institutionnalisation de l'approche restrictive aux dispositions linguistiques judiciaires de l'Alberta et de la Saskatchewan, énoncée dans <i>Mercur</i> .	
<i>Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques au Manitoba</i> (1993)	Principe de réparation Dualité linguistique Portée collective des droits linguistiques Égalité des groupes linguistiques Compromis politique Fédéralisme	Dépendance au sentier : L'institutionnalisation de l'approche généreuse aux droits linguistiques dans le domaine scolaire énoncée dans <i>Mahe</i> . La tradition du fédéralisme contextualise et limite la portée des droits linguistiques; ces derniers octroient le droit à un conseil scolaire homogène; les moyens de la mise en œuvre reviennent à la province.	
<i>Renvoi relatif à la sécession du Québec</i> (1998)	Fédéralisme Démocratie Constitutionnalisme et primauté du droit Protection des minorités Compromis politique	Point tournant : L'énonciation de la « nouvelle trilogie » consolidant l'interprétation généreuse des droits linguistiques. Cette trilogie énonce le principe constitutionnel non écrit de protection des minorités, le principe de progression et le principe d'égalité réelle. Il renverse la doctrine restrictive en matière de bilinguisme judiciaire au profit d'une doctrine généreuse dans tous les domaines du droit linguistique.	
<i>R. c. Beaulac</i> (1999)	Principe de réparation Principe de progression Dualité linguistique Égalité réelle Portée collective des droits linguistiques Compromis politique Fédéralisme	La tradition du compromis est réinterprétée : n'a plus aucun effet sur la portée des droits linguistiques (<i>Beaulac</i>). La tradition du fédéralisme est réinterprétée : limite aux pouvoirs discrétionnaires du ministre de l'Éducation; celui-ci doit consulter les porte-parole de la communauté minoritaire dans la mise en œuvre des droits scolaires (<i>Arsenault-Cameron</i>).	Paradigme d'interprétation généreuse fondée sur la protection des minorités
<i>Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard</i> (2000)	Principe de réparation Dualité linguistique Portée collective des droits linguistiques Égalité réelle Compromis politique Fédéralisme		
<i>Lalonde c. Ontario</i>	Égalité réelle	Point tournant :	

<i>(Commission de restructuration des services de santé) (2001)</i>	Portée collective des droits linguistiques Principe de progression Dualité linguistique Protection des minorités Intérêt public Fédéralisme	La démonstration de la portée du principe constitutionnel de protection des minorités dans le droit linguistique; application de ce principe dans l'interprétation de la portée de la <i>LSF</i> . La tradition du fédéralisme contextualise et limite cette portée à la province de l'Ontario en vertu de la <i>LSF</i> .	
<i>Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation) (2003)</i>	Principe de réparation Dualité linguistique Portée collective des droits linguistiques Compromis politique Fédéralisme	Dépendance au sentier : L'institutionnalisation de l'approche généreuse de la « nouvelle trilogie » aux droits linguistiques. La tradition du fédéralisme est réinterprétée : limite aux pouvoirs du ministre de l'Éducation; celui-ci doit agir afin de remplir ses obligations dans un délai raisonnable.	
<i>Raïche c. Canada (Procureur général) (2005)</i>	Représentation effective Dualité linguistique	Dépendance au sentier : L'institutionnalisation de la « nouvelle trilogie »	
<i>Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général) (2005)</i>	Principe de réparation Protection des minorités Dualité linguistique Égalité réelle Unicité de la famille Fédéralisme Compromis politique	Dépendance au sentier : L'institutionnalisation de la « nouvelle trilogie » La tradition du fédéralisme contextualise l'application des dispositions linguistiques de la <i>Charte</i> au Québec (d'où découle le principe d'unicité de la famille)	
<i>Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général) (2005)</i>	Protection des minorités Dualité linguistique Égalité réelle Fédéralisme Compromis politique	Dépendance au sentier : L'institutionnalisation de la « nouvelle trilogie »	
<i>Charlebois c. Saint John (Ville) (2005)</i>	Cohérence interne (Bastarache, Binnie, LeBel et Deschamps, dissidents : Égalité des communautés linguistiques de langue officielle; Dualité linguistique; Protection des minorités)	L'interprétation ne reposant pas sur le droit linguistique; la majorité de la Cour a fait prévaloir un principe général d'interprétation provenant de la <i>common law</i> vu l'incohérence du texte écrit de la loi. (Bastarache et coll., dissidents, se seraient inscrits dans la dépendance au sentier)	
<i>Révision de la Loi sur les langues officielles (2005)</i>			
<i>Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada (2008)</i>	Égalité des langues officielles Fédéralisme	Dépendance au sentier : L'institutionnalisation de la « nouvelle trilogie »	
<i>DesRochers c. Canada (Industrie) (2009)</i>	Dualité linguistique Égalité réelle	Dépendance au sentier : L'institutionnalisation de la « nouvelle trilogie »	
<i>Québec (Éducation, loisir et sport) c. Nguyen (2009)</i>	Principe de réparation Égalité réelle	Dépendance au sentier : L'institutionnalisation de la « nouvelle	

	Fédéralisme Unicité de la famille Protection des minorités Compromis politique	trilogie » La consolidation de l'approche énoncée dans <i>Solski</i> aux droits scolaires dans le contexte québécois	
<i>Galganov v. Russell (Township)</i> (2012)	Dualité linguistique Égalité des langues officielles	Dépendance au sentier : L'institutionnalisation de la « nouvelle trilogie »	

Le tableau 6.1 démontre qu'en premier lieu, de 1982 à 1986, les juges jettent les premières balises d'une approche généreuse aux droits linguistiques. Le principe d'égalité des langues officielles est affirmé, tout comme celui de la nature sociale des droits linguistiques. En matière de droits scolaires, les juges déterminent d'ores et déjà le principe de réparation historique sous-tendant l'article 23 par l'utilisation de la technique d'interprétation de Driedger, cherchant à respecter l'intention du législateur. Néanmoins, leur approche au droit à l'instruction dans la langue de la minorité est fortement conditionnée par la tradition du fédéralisme, envers laquelle ils démontrent une grande déférence. La tradition du compromis politique, dans ce premier paradigme, n'a pas encore été introduite dans la représentation que se font les juges des droits linguistiques.

Cette situation évolue en 1986 : la tradition du compromis politique, tradition contraignant la portée des droits linguistiques dans la représentation que s'en fait le juge Beetz, comme nous l'avons vu dans la « trilogie du compromis », fait son entrée dans la jurisprudence. Cette nouveauté constitue un point tournant. Ce nouveau paradigme sera toutefois contesté au sein de la Cour suprême par la juge Wilson et, dans une moindre mesure, par le juge en chef Dickson. Les dissidences de la juge Wilson se placent en dépendance au sentier face à la jurisprudence antérieure, en reprenant les principes d'égalité des langues officielles et la nature sociale des droits linguistiques, mais ils innovent aussi en énonçant la notion de dualité linguistique et le principe de progression des droits linguistiques. Dickson poursuivra sur cette lancée et le juge La Forest, pour sa part, tente de trouver une position mitoyenne entre la représentation des droits linguistiques portée dans les arrêts majoritaires et celle des arrêts minoritaires, durant la trilogie de 1986. Les arrêts *Ford* et *Devine*, pour leur part, ne démontrent pas d'avancée importante dans l'interprétation des droits linguistiques et se placent en dépendance au sentier par rapport à la jurisprudence antérieure.

Le juge en chef Dickson signale l'avènement d'un nouveau paradigme dans la jurisprudence en 1990 par l'énonciation de plusieurs modifications dans l'interprétation des

droits linguistiques. En premier lieu, il souligne l'importance du lien entre les langues, leurs cultures, et les communautés qui les portent, clarifiant le principe de la dualité linguistique. Sous sa plume, son interprétation de la question de la nature sociale des droits linguistiques lui permet d'amorcer un tournant reconnaissant explicitement la portée collective des droits linguistiques, un principe qui sera d'importance primordiale pour la reconnaissance de l'autonomie institutionnelle des FHQ. Le caractère contraignant des traditions du compromis et du fédéralisme sur les droits linguistiques continue d'être graduellement révisé dans la jurisprudence de ce paradigme, qui durera jusqu'en 1998. L'exception à la règle durant cette période est l'arrêt *Paquette* en 1990, qui porte sur les mêmes dispositions que l'arrêt *Mercurie* de 1988, et qui à cet égard fait preuve de dépendance au sentier par rapport au paradigme antérieur.

Le dernier paradigme, apparaissant à partir de 1998 par le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, est amorcé par une « nouvelle trilogie » des droits linguistiques consolidant une interprétation généreuse à ces droits, reposant sur l'énonciation du principe constitutionnel non écrit de protection des minorités par les juges. Par ailleurs, le principe de progression est repris de la dissidence de la juge Wilson en 1986 dans *Société des Acadiens*, et le principe d'égalité réelle entre les communautés de langue officielle est énoncé par le juge Bastarache. L'effet contraignant de la tradition du compromis sur les droits linguistiques subit un autre recul, à tel point que la Cour suprême stipule que le fait que ces droits reposent sur un compromis politique n'a aucun effet sur leur portée, à partir de 1999 dans *Beaulac*. L'effet de la tradition du fédéralisme sur les droits linguistiques est aussi révisé, alors que les juges sont amenés à clarifier les obligations des gouvernements provinciaux en matière d'instruction dans la langue de la minorité. Ils énoncent l'obligation de consulter les porte-parole de la communauté dans la mise en œuvre de ces droits dans *Arsenault-Cameron*, et l'obligation d'accomplir cette mise en œuvre dans des délais raisonnables dans *Doucet-Boudreau*. Dans le cadre de ce paradigme, l'arrêt *Lalonde* de la Cour d'appel de l'Ontario constitue un autre point tournant, puisque cet arrêt applique le principe de protection des minorités aux droits linguistiques, ce que le Renvoi de 1998 n'avait pas fait. Les arrêts subséquents, jusqu'en 2012, démontrent en grande partie une dépendance au sentier au niveau des principes et des traditions guidant l'interprétation des juges. *Charlebois* constitue l'exception durant cette période, alors qu'une courte majorité de la Cour a mobilisé le principe d'interprétation de cohérence interne, provenant de la *common law*, afin d'interpréter la *LLONB*, vu une difficulté d'interprétation provenant de la formulation du texte

écrit. Les quatre juges dissidents dans cet arrêt, pour leur part, ont fait preuve de dépendance au sentier dans leur décision minoritaire. Par ailleurs, les révisions à la *LLO* effectuées en 2005 n'ont pas eu d'incidence sur la jurisprudence jusqu'à maintenant, puisque les FHQ n'ont depuis lors pas fait appel à la Partie VII, désormais justiciable, devant les tribunaux.

Cette trame nous permet de constater que les paradigmes sont le lieu de remises en question des représentations que se font les juges des droits linguistiques. Les jugements dissidents et la réinterprétation graduelle des principes et traditions guidant les juges participent à la transformation de ces paradigmes. Notre analyse confirme que dans le domaine des droits linguistiques, les paradigmes, même hégémoniques, sont aussi matière à redéfinition, et que les juges ont la possibilité de s'éloigner des représentations des droits linguistiques portées dans la jurisprudence antérieure afin de faire avancer (ou reculer, comme nous avertit *Charlebois n°2*) les droits linguistiques.

Notre analyse révèle aussi, sur le plan des principes d'interprétation et des traditions étatiques guidant l'interprétation des juges, la permanence des traditions étatiques (au contraire des principes d'interprétation qui, pour leur part, ont évolué à chaque point tournant). La tradition du compromis est mobilisée par les juges dans 13 décisions, et la tradition du fédéralisme, dans 15 décisions. Toutefois, la référence au principe de la dualité linguistique semble avoir eu le plus de prégnance sur la représentation des juges des droits linguistiques, apparaissant dans 16 décisions. Notre analyse nous a permis de mettre en lumière le processus de réinterprétation des traditions étatiques auquel ont pris part les juges dans la jurisprudence, révisant ainsi graduellement la représentation qu'ils se font de l'impact de ces traditions étatiques sur la portée des droits linguistiques.

La tradition du **compromis politique** a subi une réinterprétation graduelle au regard de son effet contraignant sur la portée des droits linguistiques. Nous avons vu, au chapitre 3, que dans la décennie 1980, la majorité des juges ont dans un premier temps interprété la tradition du compromis politique comme un élément guidant leur représentation des droits linguistiques comme une catégorie de droits devant être interprétés avec « retenue » (*Société des Acadiens* : au para. 65). Nous avons expliqué que le compromis du juge Beetz renvoyait à une vision des débats fondateurs du Canada où la reconnaissance des FHQ était impossible, puisque les droits linguistiques étaient appliqués sur une base territoriale au sein de la fédération : le compromis prenait place entre les provinces, et il fallait protéger leurs prérogatives en matière linguistique.

Cette interprétation avait confiné les droits linguistiques dans une classe à part, par rapport aux autres garanties juridiques de la *Charte* (Green et Réaume, 1990) et avait à toutes fins utiles, nous le rappelons, annulé les garanties constitutionnelles en matière de bilinguisme judiciaire. Toutefois, cette interprétation avait été décriée par la juge Wilson dans ses dissidences, dès la trilogie de 1986, alors que sa représentation des droits linguistiques était, pour sa part, guidée par le principe de la dualité linguistique.

En 1988 dans l'arrêt *Mercurie*, puis de façon plus explicite à partir de 1990 dans *Mahe*, les juges ont cherché à réinterpréter ce compromis politique en rappelant l'existence de la dualité linguistique, afin de s'éloigner de la représentation qu'en avait donnée Beetz. Au chapitre 4, nous avons vu les juges interpréter le compromis politique comme une tradition appelant à la « prudence » dans leur lecture des droits linguistiques; néanmoins, « il [devait] être tout de même loisible à la Cour d'insuffler la vie à un compromis clairement exprimé » (*Mahe* : 28). Le pouvoir normatif contraignant du compromis politique a été une fois de plus limité, jusqu'à être complètement annulé, à partir de la fin de la décennie 1990, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, puis dans *Beaulac*. Dans le cadre du Renvoi de 1998, les juges expliquent, au sujet des droits linguistiques, que « même si ces dispositions sont le résultat de négociations et de compromis politiques, cela ne signifie pas qu'elles ne sont pas fondées sur des principes. Bien au contraire, elles sont le reflet d'un principe plus large lié à la protection des droits des minorités » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec* : au para. 80). La protection des minorités ferait donc désormais partie de la représentation que se font les juges de la tradition du compromis. Cette avancée permettra finalement aux juges d'écrire, en 1999, que « l'existence d'un compromis politique n'a aucune incidence sur l'étendue des droits linguistiques » (*Beaulac* : au para. 24). Finalement, comme nous l'avons vu au chapitre 5, les juges commenceront à omettre la tradition du compromis politique de leur interprétation des droits linguistiques durant la décennie 2000.

La tradition du **fédéralisme** a elle aussi été la cible d'une réinterprétation progressive dans la jurisprudence de droit linguistique, particulièrement à l'égard de la représentation des juges de la portée de l'article 23 de la *Charte*. Au chapitre 3, nous avons vu les juges de la Cour d'appel de l'Ontario, puis de la Cour suprême, reconnaître la difficulté que représentait l'interprétation du droit à l'instruction dans la langue de la minorité à la lumière du fédéralisme, et tout particulièrement de la compétence provinciale sur l'éducation. Les juges ont alors une représentation du fédéralisme comme créant un rapport délicat entre droits universels à

l'instruction dans la langue officielle minoritaire et compétence provinciale, rapport leur commandant une interprétation de l'article 23 faisant preuve d'autant de retenue que possible. La marge de manœuvre afin que les provinces opèrent elles-mêmes la mise en œuvre de leurs obligations en vertu de cette disposition de la *Charte* devait être conservée. Cette ligne de conduite s'est poursuivie dans les années subséquentes, mais à chaque nouvelle cause portant sur l'article 23, les juges ont été appelés à clarifier les obligations des gouvernements envers leur minorité de langue officielle. L'influence de la tradition du fédéralisme sur la représentation que les juges se faisaient de leur devoir de retenue a été graduellement révisée. Cette réorientation nous porte à croire que les juges ont pris conscience que, comme le souligne Foucher (2008b : 280), « une compétence législative ou administration n'est que cela : une compétence, donc un potentiel, une capacité d'action. Elle n'offre aucune garantie de progrès si elle n'est pas orientée par certaines obligations législatives ou constitutionnelles ». Or, les causes de droit scolaire démontrent que les juges, constatant l'inaction des provinces (Pelletier, 1993), ont imposé de plus en plus d'obligations aux provinces à l'égard de leur minorité de langue officielle respective afin de répondre à leur représentation des droits linguistiques de l'article 23.

Au chapitre 4, dans l'arrêt *Mahe* et le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques du Manitoba*, en 1990 et 1993 respectivement, les juges ont énoncé le droit des FHQ à l'obtention de leurs propres établissements d'enseignement financés à même les fonds publics et à un niveau de gestion et de contrôle variable selon le nombre d'enfants « ayant droit », créant des obligations financières et institutionnelles pour les provinces. En vertu de la tradition du fédéralisme, néanmoins, la mise en œuvre de ces obligations était toujours laissée entre les mains des provinces. En 2000, l'arrêt *Arsenault-Cameron* va plus loin et limite le pouvoir discrétionnaire du ministère d'annuler des directives provenant des représentants de la communauté si ces directives n'ont pas un impact significatif au niveau pédagogique ou financier pour la province. La province a désormais le devoir de consulter les porte-parole des communautés dans le domaine scolaire. Trois ans plus tard, dans *Doucet-Boudreau*, les juges ajoutent aux obligations provinciales le devoir de remplir ces obligations dans un délai raisonnable. Cette évolution révèle qu'en trente ans, la marge de manœuvre des provinces en matière d'instruction dans la langue de la minorité a été graduellement révisée au profit des FHQ. Finalement, dans les causes de la dernière décennie en matière scolaire au Québec, soit *Solski*, *Gosselin* et *Nguyen*, on voit poindre dans la représentation des juges des droits de l'article 23 une référence à un fédéralisme asymétrique,

alors que ces droits sont interprétés de façon différente que dans les décisions provenant du reste du pays.

Finalement, le principe de la **dualité linguistique** a été énoncé pour la première fois par la juge Wilson en dissidence du juge Beetz dans l'arrêt *MacDonald*. Nous rappelons qu'elle mobilisait cette notion afin de parler de la préoccupation du législateur envers l'« accès réel au système judiciaire » dans les deux langues (*MacDonald* : au para. 180), au contraire de Beetz qui postulait que les législateurs avaient donné le choix de l'accès dans l'une *ou* l'autre langue officielle. Cette représentation des droits linguistiques proposée par Wilson sera corroborée par la dissidence de Dickson dans *Société des Acadiens*. Elle sera aussi énoncée dans les jugements majoritaires de la Cour suprême, et ce, dès 1988, par le juge La Forest. Ce dernier avait repris les propos de Dickson dans *Société des Acadiens* afin de mitiger la portée contraignante de la tradition du compromis politique sur les droits linguistiques. En 1990, le principe de la dualité linguistique est étoffé par le juge en chef Dickson dans *Mahe*, qui en fait « le grand objectif général »¹⁴⁴ de l'article 23, selon Clarke et Foucher (2005 : 39). Dans cet arrêt, la dualité vise non seulement à maintenir les deux langues officielles, mais aussi « les cultures qu'elles représentent » et à « favoriser l'épanouissement de chacune de ces langues » partout au pays (*Mahe* : 25). Cette représentation des droits linguistiques sera reprise par le juge en chef Lamer dans le Renvoi manitobain de 1993, et elle fait école jusqu'en 2012, les juges ne tentant pas de s'en éloigner par la suite.

Les juges et le droit linguistique

Cet examen des points tournants et de la dépendance au sentier dans la jurisprudence nous donne l'occasion de revenir sur la question de l'activisme judiciaire. Comme nous l'avons vu, une grande partie de la jurisprudence étudiée est signée par la Cour en tant qu'entité unique, ce qui rend plus difficile ce type d'observation. Néanmoins, certains juges se sont démarqués depuis 1982, par la rédaction soit de jugements ayant fait jurisprudence ou de dissidences importantes.

Le bilan de la Cour Dickson (1984-1990) est mitigé. Le premier point tournant observé, soit la « trilogie du compromis » de 1986, est le legs jurisprudentiel du juge Beetz. Toutefois, l'appel à la retenue interprétative que constitue cette trilogie ne saurait être qualifié d'activisme judiciaire. Au contraire, la trilogie guidait les juges vers une représentation des droits

¹⁴⁴ En italiques dans le texte.

linguistiques plus limitée qu'ils ne l'avaient été, même avant l'adoption de la *Charte*. En contrepartie, la juge Wilson, dans ses dissidences à la trilogie, puis Dickson, nous semblent plus activistes. Leur représentation des droits linguistiques, guidée par le principe de la dualité linguistique, leur a permis d'interpréter ces droits de façon plus généreuse que la majorité de la Cour. Cette avancée sera reprise par le juge La Forest, qui cherchait à se distancier de la représentation des droits linguistiques à laquelle renvoyait la tradition du compromis, dans *Mercury*. Le prochain point tournant dans la jurisprudence, soit l'arrêt *Mahe*, rédigé par le juge en chef Dickson, est porteur d'avancées importantes pour le droit linguistique et ramène la Cour vers une représentation de ces droits leur permettant de les interpréter de façon généreuse.

La Cour Lamer (1990-2000), pour sa part, a démontré un penchant plus activiste en matière linguistique, comme c'était d'ailleurs le cas dans d'autres domaines du droit (Tibbetts, 2013; Slayton, 2009). C'est durant cette période qu'a été rendu le *Renvoi sur la sécession du Québec*, signé par « La Cour », agissant comme point tournant et comme point de départ de la « nouvelle trilogie » des droits linguistiques entre 1998 et 2000. Il faut souligner l'apport du juge Bastarache à cette nouvelle trilogie, celui-ci ayant signé le Renvoi de 1998, comme tous ses collègues, mais étant l'auteur de l'arrêt *Beaulac* (1999) et le coauteur de l'arrêt *Arsenault-Cameron* (2000). Cette trilogie signalait un changement important, voire un nouveau paradigme, de la représentation des juges par rapport au droit linguistique.

Finalement, la Cour McLachlin (2000-aujourd'hui) n'a pas fait preuve d'activisme judiciaire autant qu'elle a favorisé la consolidation de l'approche entérinée dans la nouvelle trilogie, une fois celle-ci énoncée. Le dernier point tournant dans notre jurisprudence, soit l'arrêt *Lalonde* en 2001, ne s'est pas rendu en Cour suprême; nous ne pouvons pas attribuer cette avancée à la juge en chef McLachlin et ses collègues.

L'autonomie des francophones hors Québec par le droit : avancées et écueils

Nos trois chapitres analytiques ont mis en lumière la norme d'autonomie qui se dégagait de chacune des décisions de notre corpus jurisprudentiel. Le tableau 6.2 propose une synthèse de la situation. Nous commencerons par récapituler les avancées faites par les juges dans chaque domaine d'application du droit pour examiner cette norme d'autonomie à la lumière des revendications des FHQ. Nous évaluerons, en dernier lieu, à quel type d'autonomie celle-ci renvoie parmi les modèles présentés dans le champ des études en francophonie canadienne.

Tableau 6.2 L'avancement d'une norme d'autonomie dans la jurisprudence de droit linguistique, 1982-2012

Décision (année)	Contexte d'interprétation	Paradigme	Autonomie
<i>Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights</i> (1984)	Dépendance au sentier : Les juges suivent les premiers jalons d'interprétation généreuse énoncés par la Cour suprême avant 1982. Tradition du fédéralisme contextualise et limite la portée des droits linguistiques : mise en œuvre est la responsabilité de la province.	Paradigme d'interprétation généreuse	Autonomie institutionnelle : Droit de la minorité linguistique de participer à la gestion de ses établissements d'enseignement à l'intérieur des conseils scolaires existants ; province responsable de décider de la signification du « là où le nombre le justifie » et de la mise en œuvre
<i>Procureur général du Québec c. Québec Protestant School Boards</i> (1984)	Dépendance au sentier : Institutionnalisation de l'interprétation généreuse. Tradition du fédéralisme contextualise et limite la portée des droits linguistiques : mise en œuvre est la responsabilité de la province.		Pas de reconnaissance d'autonomie
<i>Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba</i> (1985)	Dépendance au sentier : Institutionnalisation de l'interprétation généreuse		Autonomie personnelle : Accès en français aux corps législatifs et aux lois de la province
<i>Bilodeau c. Procureur général (Manitoba)</i> (1986)	Point tournant : Instauration de la « doctrine du compromis » des droits linguistiques par le juge Beetz. Cette trilogie représente les premiers jalons de l'interprétation restrictive.	Paradigme d'interprétation restrictive – contesté dans les jugements minoritaires des juges Wilson et Dickson, puis révisé par La Forest	Pas de reconnaissance d'autonomie
<i>MacDonald c. Ville de Montréal</i> (1986)	Tradition du compromis politique contextualise et restreint la portée des droits linguistiques. La juge Wilson, et dans une moindre mesure, le juge en chef Dickson, dissidents, présentent une vision allant dans le sens d'une dépendance au sentier avec les interprétations généreuses antérieures. Wilson énonce deux éléments interprétatifs qui seront repris plus tard : la dualité linguistique et le principe de progression.		Pas de reconnaissance d'autonomie
<i>Société des Acadiens c. Association of Parents</i> (1986)			Pas de reconnaissance d'autonomie
<i>R. c. Mercure</i> (1988)	Dépendance au sentier : Institutionnalisation de la doctrine du compromis.		Autonomie personnelle : Accès en français aux corps législatifs et aux lois de la province (abrogée par

	Tradition du compromis politique est réinterprétée à la lumière de la préoccupation historique envers la dualité linguistique retrouvée dans l'esprit de la <i>Charte</i> et de la nature sociale des droits linguistiques.		l'Assemblée législative)
<i>Ford c. Procureur général (Québec)</i> (1988)	Dépendance au sentier : Tradition du fédéralisme contextualise et limite la portée des droits linguistiques au Québec : tension entre la <i>CLF</i> et la <i>Charte</i>		Autonomie personnelle : Choix de la langue d'affichage commercial
<i>Devine c. Procureur général (Québec)</i> (1988)			
Révision de la <i>Loi sur les langues officielles</i> (1988)			
<i>Mahe c. Alberta</i> (1990)	<p>Point tournant : Retour vers l'interprétation généreuse des droits linguistiques dans le domaine scolaire; énonciation de la portée collective des droits linguistiques.</p> <p>Tradition du compromis politique est réinterprétée; commande la « prudence » envers les droits linguistiques.</p> <p>Tradition du fédéralisme contextualise et limite la portée des droits linguistiques; ces derniers octroient le droit à une école, mais pas à un conseil scolaire francophone; les moyens de la mise en œuvre reviennent à la province.</p>	Paradigme d'interprétation généreuse – contesté par <i>Paquette</i> , qui fait figure d'exception, portant sur les mêmes dispositions que <i>Mercurie</i>	Autonomie institutionnelle : Droit de la minorité linguistique de participer à la gestion de ses établissements d'enseignement à l'intérieur des conseils scolaires existants ; province responsable de la mise en œuvre
<i>R. c. Paquette</i> (1990)	Dépendance au sentier : Institutionnalisation de l'approche restrictive aux dispositions linguistiques judiciaires de l'Alberta et de la Saskatchewan, énoncée dans <i>Mercurie</i> .		Autonomie personnelle : Accès en français aux corps législatifs et aux lois de la province (abrogée par l'Assemblée législative)
<i>Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques au Manitoba</i> (1993)	Dépendance au sentier : Institutionnalisation de l'approche généreuse aux droits linguistiques dans le domaine scolaire énoncée dans <i>Mahe</i> . <p>Tradition du fédéralisme contextualise et limite la portée des droits linguistiques; ces derniers octroient le droit à un conseil scolaire homogène; les moyens de la mise en œuvre reviennent à la province.</p>		Autonomie institutionnelle : Droit de la minorité linguistique de gérer ses propres établissements d'enseignement (des lieux distincts des établissements de la majorité) et son propre conseil scolaire ; province responsable de la mise en œuvre

<i>Renvoi relatif à la sécession du Québec</i> (1998)	<p>Point tournant : Énonciation de la « nouvelle trilogie » consolidant l'interprétation généreuse des droits linguistiques. Cette trilogie énonce le principe constitutionnel non écrit de protection des minorités, le principe de progression et le principe d'égalité réelle. Il renverse la doctrine restrictive en matière de bilinguisme judiciaire au profit d'une doctrine généreuse dans tous les domaines du droit linguistique.</p> <p>Tradition du compromis est réinterprétée par Bastarache : n'a plus aucun effet sur la portée des droits linguistiques (<i>Beaulac</i>).</p> <p>Tradition du fédéralisme est réinterprétée : limite aux pouvoirs discrétionnaires du ministre de l'Éducation; celui-ci doit consulter les porte-parole de la communauté minoritaire dans la mise en œuvre des droits scolaires (<i>Arsenault-Cameron</i>).</p>	Paradigme d'interprétation généreuse fondée sur la protection des minorités	Pas de reconnaissance d'autonomie
<i>R. c. Beaulac</i> (1999)			Autonomie personnelle : Accès en français aux corps judiciaires de la province ; droit à un procès dans la langue officielle de son choix
<i>Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard</i> (2000)			Autonomie institutionnelle : Droit de la minorité linguistique de créer des établissements homogènes de langue française à l'endroit géographique où elle en voit le besoin; en contrepartie, obligation du ministère de l'Éducation de consulter les porte-parole de la communauté
<i>Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)</i> (2001)	<p>Point tournant : Démonstration de la portée du principe constitutionnel de protection des minorités dans le droit linguistique; application de ce principe dans l'interprétation de la portée de la <i>LSF</i>.</p> <p>Tradition du fédéralisme contextualise et limite cette portée à la province de l'Ontario en vertu de la <i>LSF</i>.</p>		Autonomie <i>et complétude</i> institutionnelles : Préservation d'un établissement important dans le réseau des institutions franco-ontariennes
<i>Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)</i> (2003)	<p>Dépendance au sentier : Institutionnalisation de l'approche généreuse de la « nouvelle trilogie » aux droits linguistiques.</p> <p>Tradition du fédéralisme est réinterprétée : limite aux pouvoirs du ministre de l'Éducation; celui-ci doit agir afin de remplir ses obligations dans un délai raisonnable.</p>		Autonomie institutionnelle : Droit de la minorité linguistique de créer des établissements homogènes de langue française à l'endroit géographique où elle en voit le besoin, dans des délais raisonnables
<i>Raïche c. Canada (Procureur général)</i> (2005)	Dépendance au sentier : Institutionnalisation de la « nouvelle trilogie »		Droit de participation à la vie politique de l'État par la représentation électorale
<i>Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)</i> (2005)	Dépendance au sentier : Institutionnalisation de la « nouvelle trilogie »		Autonomie personnelle : Clarification des critères d'accès aux établissements

	Tradition du fédéralisme : contextualise l'application des dispositions linguistiques de la <i>Charte</i> au Québec (d'où découle le principe d'unicité de la famille)		scolaires de la minorité de langue officielle
<i>Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)</i> (2005)	Dépendance au sentier : Institutionnalisation de la « nouvelle trilogie »		Pas de reconnaissance d'autonomie
<i>Charlebois c. Saint John (Ville)</i> (2005)	Interprétation ne reposant pas sur le droit linguistique; la majorité de la Cour a fait prévaloir un principe général d'interprétation provenant de la <i>common law</i> vu l'incohérence du texte écrit de la loi. (Bastarache et coll., dissidents, se seraient inscrits dans la dépendance au sentier)		Pas de reconnaissance d'autonomie
Révision de la <i>Loi sur les langues officielles</i> (2005)			
<i>Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada</i> (2008)	Dépendance au sentier : Institutionnalisation de la « nouvelle trilogie »		Autonomie personnelle : Accès en français à un service de police sur le territoire du Nouveau-Brunswick
<i>DesRochers c. Canada (Industrie)</i> (2009)	Dépendance au sentier : Institutionnalisation de la « nouvelle trilogie »		Pas de reconnaissance d'autonomie
<i>Québec (Éducation, loisir et sport) c. Nguyen</i> (2009)	Dépendance au sentier : Institutionnalisation de la « nouvelle trilogie » Consolidation de l'approche énoncée dans <i>Solski</i> aux droits scolaires dans le contexte québécois		Autonomie personnelle : Clarification des critères d'accès aux établissements scolaires de la minorité de langue officielle
<i>Galganov v. Russell (Township)</i> (2012)	Dépendance au sentier : Institutionnalisation de la « nouvelle trilogie »		Autonomie territoriale locale : Droit de légiférer sur l'aménagement linguistique d'une municipalité en Ontario

Afin d'établir un portrait plus clair de l'autonomie énoncée dans la jurisprudence, nous passerons en revue l'avancement de la norme d'autonomie par les juges dans chaque domaine.

En premier lieu, dans le domaine **scolaire**, notre analyse a permis de révéler les premiers balbutiements, puis l'avancement progressif d'une norme d'*autonomie institutionnelle* pour les FHQ. Cette norme d'autonomie de type non territorial a été graduellement clarifiée dans la jurisprudence, depuis le Renvoi ontarien de 1984 jusqu'à *Doucet-Boudreau* en 2003, alors que la marge de manœuvre des provinces en matière d'instruction dans la langue de la minorité, pour sa part, reculait progressivement. Dans le cadre du premier paradigme, la Cour d'appel de l'Ontario

a énoncé, en 1984, un droit à des établissements d'enseignement pour la minorité distincts de ceux de la majorité, assorti d'un droit de participation à la gestion scolaire, par la représentation de parents francophones au sein des conseils scolaires de la majorité. Le second paradigme n'a présidé à aucune décision de droit scolaire à la Cour suprême. Cette dernière est cependant allée plus loin dans le cadre du paradigme subséquent, en énonçant, dans *Mahe* et dans le Renvoi manitobain, que les critères supérieurs d'application de l'article 23 permettaient non seulement aux FHQ d'obtenir des établissements d'enseignement homogènes et distincts de ceux de la majorité, mais aussi leurs propres mécanismes de gestion, c'est-à-dire des conseils scolaires. L'octroi de cette autonomie dépendait, nous le rappelons, du critère de la justification par le nombre d'élèves potentiels. Les juges ont ensuite été invités à affiner leur interprétation de la portée de cette autonomie en la mesurant au pouvoir décisionnel des provinces en matière scolaire. Dans *Arsenault-Cameron*, le dernier arrêt de la « nouvelle trilogie » signalant un nouveau paradigme des droits linguistiques, les juges ont étendu l'autonomie des FHQ en reconnaissant aux organisations de parents le rôle de porte-parole pour la communauté francophone auprès du gouvernement en matière scolaire, et inversement, en énonçant l'obligation des gouvernements de consulter la communauté francophone. Finalement, dans *Doucet-Boudreau*, les juges n'ont pas tant étendu l'autonomie des FHQ qu'ils ont restreint le pouvoir discrétionnaire des ministères de l'Éducation, en exhortant ces derniers à remplir leurs obligations envers les minorités de langue officielle sans plus tarder. Toutefois, comme nous en avons discuté plus tôt, l'autonomie institutionnelle octroyée aux FHQ dans le domaine scolaire est assortie d'un critère qui ramène la question du territoire au cœur de la mise en œuvre de ces droits, par l'entremise du critère de la justification par le nombre, retrouvé au paragraphe 23(3) de la *Charte*. L'amplitude de l'autonomie octroyée aux FHQ dans le domaine scolaire est directement dépendante du nombre d'élèves potentiels présents sur un territoire donné, avec comme résultat une autonomie variable partout au pays. Dans certains cas où le nombre d'élèves ayant droit est très restreint, le droit à l'autonomie pourrait être complètement nié. Par ailleurs, cette autonomie n'est pas complète et reste assujettie au fédéralisme canadien. En effet, les FHQ sont toujours dépendantes des provinces en ce qui a trait aux aspects financiers de la gestion scolaire, et ces dernières ont toujours le dernier mot à l'égard de la possibilité d'élargir les critères d'accès aux écoles de la minorité au-delà du minimum prescrit par l'article 23 de la *Charte* – un enjeu sur lequel nous reviendrons. De plus, les aspects de l'éducation ne tombant pas

dans la catégorie de l'enseignement primaire et secondaire ne sont pas explicitement protégés par l'article 23. Malgré les revendications politiques des FHQ à cet effet¹⁴⁵, les juges n'ont pas eu l'occasion de se prononcer sur la possibilité de leur reconnaître une autonomie aux niveaux préscolaire (garderies et services à la petite enfance) et postsecondaire (institutions collégiales et universitaires). On ne peut donc pas dire que les FHQ ont acquis la « complétude institutionnelle » en matière scolaire.

Dans les domaines **législatif et judiciaire**, il s'agit plutôt d'une norme d'autonomie *personnelle* qui a été octroyée aux FHQ dans le courant des années 1982 à 2012, c'est-à-dire l'accès des individus aux lois et aux corps législatifs de sa province, ainsi que d'obtenir un procès, dans la langue officielle de son choix. Ici, aucune autonomie collective, territoriale ou non territoriale, n'a été reconnue aux FHQ; par ailleurs, ce ne fut jamais l'une de leurs revendications. Dans le domaine législatif, cet enjeu s'est surtout présenté dans l'ouest du pays, alors que la Cour suprême a eu à clarifier le régime linguistique provincial du Manitoba en 1985, puis celui de la Saskatchewan en 1988, et celui de l'Alberta en 1990. Dans le cadre du premier paradigme, le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* de 1985 déclarait que la constitution manitobaine reconnaissait que les lois de la province devaient être adoptées en anglais et en français et que ces deux langues étaient acceptées, tant à l'Assemblée législative que devant les tribunaux de la province. En revanche, dans le cadre du second paradigme, dans *Mercury* en 1988, ils ont décidé que ces mêmes droits n'avaient jamais été constitutionnalisés en Saskatchewan et en Alberta, rendant possible leur abrogation par les assemblées législatives de chaque province – ce que ces dernières se sont précipitées de faire, une fois cette décision rendue. Cette décision a été confirmée en 1990 dans *Paquette*. Dans le domaine judiciaire, l'autonomie des FHQ a subi une évolution en deux temps. En premier lieu, en 1986, les FHQ se sont vus refuser une quelconque autonomie dans la « trilogie du compromis », alors que la Cour suprême leur octroyait le droit d'être entendu, mais sans garantie d'être compris, dans leur langue devant un tribunal. Cette situation a par la suite été renversée, alors que les juges ont reconnu à l'accusé le droit d'être entendu et compris dans la langue officielle de son choix durant une procédure judiciaire, dans le cadre de l'arrêt *Beaulac* en 1999. *Beaulac*, nous le rappelons, était l'une des

¹⁴⁵ Au sujet de la petite enfance, voir Duguay, 2008. Au sujet du postsecondaire, voir notamment les revendications du Regroupement étudiant franco-ontarien (RÉFO) : www.refo.ca.

trois décisions de la « nouvelle trilogie » signalant le nouveau paradigme d'interprétation fondée sur la protection des minorités.

En **santé**, les FHQ se sont vus reconnaître un droit à l'autonomie *institutionnelle* par l'entremise de l'argumentaire de la complétude institutionnelle mobilisé par certains témoins appelés devant la Cour et repris par les juges dans l'arrêt *Lalonde* en 2001. Autrement dit, l'importance de l'hôpital Montfort en tant qu'institution au sein du réseau institutionnel franco-ontarien a été reconnue par la Cour d'appel de l'Ontario dans cette affaire. Comme Foucher (2008a) l'a déjà souligné, le résultat de l'affaire Montfort reposait principalement sur le contexte particulier de cette institution, et sur la *Loi sur les services en français* de la province, dont les juges de la Cour d'appel de l'Ontario ont fait la lecture à la lumière du principe constitutionnel non écrit de la protection des minorités. Bien que cette décision ait fait jurisprudence, *Lalonde* n'a pas constitutionnalisé un droit à des institutions de service de santé gérées par et pour les FHQ partout au pays; cette norme d'autonomie n'est donc pas universelle. Par ailleurs, nous observons que la Cour suprême n'a, pour sa part, jamais rendu de décision reposant sur la complétude institutionnelle afin d'affirmer ou de protéger un droit à l'autonomie pour les FHQ. La portée de cette notion afin de permettre l'avancée d'une norme d'autonomie dans le cadre du droit linguistique demeure, pour l'instant, assez évasive. En somme, *Lalonde* n'a comblé les demandes d'autonomie des FHQ dans le domaine de la santé que dans un contexte particulier, soit en protégeant l'hôpital Montfort dans le cadre légal que constitue la *LSF*.

Dans le domaine du **développement économique**, dans l'arrêt *DesRochers*, les juges n'ont pas reconnu aux FHQ la norme d'autonomie institutionnelle qu'ils revendiquaient en cherchant à obtenir une société de développement économique homogène de langue française en Huronie. *DesRochers* a clarifié que la portée du principe d'égalité réelle ne signifie pas, dans le domaine du développement économique, l'obligation de créer pour la minorité des institutions égales à celles de la majorité, ou de protéger celles qui existent déjà comme dans le cas de CALDECH. L'égalité réelle ne concernait que la qualité des services octroyés à chaque communauté linguistique. Leur interprétation des droits linguistiques, même dans le cadre d'un paradigme généreux, n'amenait pas les juges jusqu'à reconnaître l'autonomie dans ce domaine. Or, comme nous l'avons vu, le développement économique est une revendication d'autonomie des FHQ qui date des premiers manifestes politiques de leurs organismes porte-parole (FFHQ,

1977; 1979; 1981). La défaite que représente l'arrêt *DesRochers* constitue un revers majeur à cet égard.

En ce qui a trait à la question de la représentation territoriale, la décision *Raïche* a octroyé aux FHQ un droit de *participation politique* par l'entremise de la protection d'une circonscription fédérale qui les représente à Ottawa. Le député élu dans cette circonscription voyait son rôle « d'ombudsman » de la communauté entériné par les juges. De plus, en reconnaissant la communauté acadienne de la circonscription d'Acadie-Bathurst en tant que « communauté d'intérêts » historique, la Cour fédérale a aussi participé à légitimer les revendications des FHQ ainsi que l'importance des langues officielles dans la démocratie canadienne à plus largement parler (Léger Haskell, 2013 : 139). Cette avancée pourrait avoir des effets dépassant le cadre d'application de *Raïche*, dans le contexte de demandes ultérieures visant à augmenter la présence des FHQ au sein d'institutions politiques canadiennes. Au niveau **municipal**, en revanche, on a vu avec l'arrêt *Galganov* que les FHQ peuvent aussi avoir accès à une autonomie de type territorial parmi l'« archipel » (Louder et Waddell, 2007) que constitue leur présence partout au pays. On retrouve cette autonomie au sein d'espaces circonscrits où les FHQ ont un pouvoir décisionnel au niveau local, et peuvent ainsi agir sur leur milieu de vie. Il ne s'agit toutefois pas d'un type d'autonomie qui soit protégé par la Constitution ou par d'autres mesures juridiques (Foucher, 2008a). Par ailleurs, elle dépend des aléas de l'exode des régions historiquement francophones et de l'assimilation, puisqu'elle repose purement sur la démographie.

Finalement, force est de reconnaître que certains domaines de revendication d'autonomie des FHQ n'ont jamais fait l'objet de litiges devant les tribunaux. Les juges n'ont pas eu l'opportunité de se prononcer à leur égard. Du nombre, on compte les revendications de développement global et de pouvoir d'initiative dans les domaines social et culturel.

Or, comment la norme d'autonomie que nous pouvons extraire de la jurisprudence de droit linguistique se mesure-t-elle aux différentes théorisations de l'autonomie retrouvées dans le champ des études en francophone? Nous avons déjà énoncé des réserves par rapport à l'autonomie culturelle de Landry et coll., au premier chapitre, puisque ce modèle, reposant sur une version tronquée de la « culture sociétale » de Kymlicka, présentait un écueil évident. Les travaux de Thériault ne présentent pas vraiment de « modèle » de ce en quoi consisterait la possibilité de « faire société ». Le nationalisme administratif de Bourgeois, pour sa part, s'appliquait, de l'observation de l'auteur même, seulement dans le cadre du Nouveau-Brunswick.

L'habilitation de Léger, nous le rappelons, présente, sans être trop précise, trois caractéristiques soit i) une gouvernance communautaire assortie d'un budget afin de permettre aux organismes de réaliser les aspirations des FHQ, ii) une dévolution de certains pouvoirs importants vers les communautés, et iii) l'instauration de quotas de représentation dans des institutions clés du système politique canadien. Nous pourrions dire que la norme d'autonomie énoncée par les juges participe à la mise en œuvre d'une dévolution en matière scolaire, et dans le cas précis de *Lalonde*, en matière de santé, et qu'elle s'aventure sur le terrain de la représentation dans *Raïche*, sans toutefois créer de quotas. La gouvernance communautaire, de son côté, n'a pas été la cible de litiges devant les tribunaux.

Finalement, une comparaison de la norme d'autonomie énoncée par les juges avec la notion de complétude institutionnelle démontre une certaine cohérence. L'application à la complétude institutionnelle de la notion de « spectre » variable du niveau d'autonomie des FHQ, comme le proposent Cardinal et González Hidalgo (2012), permet aussi de prendre en compte les variances dans l'application du droit à l'instruction dans la langue de la minorité découlant de l'article 23. Nous constatons toutefois que la norme d'autonomie énoncée par les juges répond à une « incomplétude institutionnelle », en quelque sorte, puisqu'elle est limitée à certains domaines. Cette observation corrobore les conclusions de Foucher (2012). La complétude institutionnelle n'est protégée par la constitution que dans le domaine scolaire grâce à l'article 23 de la *Charte*, et ce, seulement aux niveaux primaire et secondaire. Par ailleurs, notre analyse démontre aussi que les juges ont débordé du cadre de la complétude institutionnelle, en légitimant aussi les revendications des FHQ à la participation à la vie politique de l'État, par l'entremise de la reconnaissance de la communauté francophone d'Acadie-Bathurst en tant que « communauté d'intérêts » dans *Raïche* et de celle de Prescott-Russell dans *Galganov*. Ce cadre théorique, bien qu'utile pour penser l'autonomie des FHQ, ne semble pas capturer tous les aspects des revendications des FHQ ni toute l'ampleur de la norme d'autonomie que les juges leur ont reconnue.

En résumé, nos résultats démontrent qu'au Canada, la notion de complétude institutionnelle se révèle l'outil théorique le plus utile pour saisir la norme d'autonomie des FHQ énoncée par les juges, mais que cette notion n'offre qu'une image partielle de cette autonomie, tout comme des revendications des FHQ. Par ailleurs, dans les faits, les FHQ n'ont pas acquis la complétude institutionnelle dans la plupart des domaines, et force est de reconnaître qu'elle ne

leur sera pas octroyée par la mobilisation judiciaire, notamment dans le domaine du développement économique – un domaine qui est d’une prime importance tant dans les revendications des FHQ que dans la complétude institutionnelle de Breton.

La judiciarisation de la question linguistique et ses conséquences

En plus de ne pas constituer une panacée au regard de l’obtention d’une plus grande autonomie pour les FHQ, leur mobilisation judiciaire, et la judiciarisation de la question linguistique au Canada plus largement, auraient selon certains auteurs des « effets pervers » (Cardinal, 2005 : 62). Cardinal (*ibid.*) et Thériault (1989) observent que la mobilisation des FHQ devant les tribunaux, depuis l’adoption de la *Charte*, est de moins en moins perçue comme un moyen afin d’atteindre une fin, mais qu’elle prend graduellement l’aspect d’une fin en soi. Cardinal remarque qu’

à chaque fois que les minorités linguistiques choisissent de porter une cause devant les tribunaux, c’est afin d’assurer une reconnaissance constitutionnelle de leurs droits linguistiques sans toujours, par ailleurs, se demander dans quelle mesure ces nouvelles reconnaissances vont augmenter leur capacité d’action ou d’intervention (Cardinal, 2005 : 62).

En d’autres mots, la mobilisation judiciaire des FHQ ne serait pas toujours accompagnée d’une réflexion approfondie de leur part sur la façon dont les litiges entamés participent à l’avancement de leur autonomie. Par ailleurs, elle remarque, à l’instar de Thériault (1989), que l’action des FHQ devant les tribunaux n’a pas eu comme effet de dynamiser les communautés minoritaires. Au contraire, la logique individualisante des droits aurait infiltré le discours communautaire (Cardinal, Lapointe et Thériault, dans : Normand, 2012 : 13) et même, dira Thériault, l’identité collective des FHQ (Thériault, 1989 : 141). Ce sociologue dit de la logique du droit qu’elle a l’effet de « banaliser l’identité » des FHQ en tant que groupe minoritaire; elle aurait transformé le registre de ses revendications, de revendications ne s’appuyant désormais plus sur l’histoire (comme membres des « deux peuples fondateurs » du pays, par exemple), mais sur la notion « d’ayant droit » (Thériault, 2007 : 290). Pour Thériault, l’identité de l’ayant droit est « froide » parce que ses revendications reposent non sur la culture et la communauté, mais sur un rapport tautologique au droit, où l’on revendique « le droit d’avoir des droits » (Thériault, 1993). Or, selon lui, le nouveau rapport identitaire des FHQ au droit les conduit vers un précipice, car c’est « la dynamique culturelle propre aux communautés minoritaires [...] qui nourrit la revendication minoritaire » (*ibid.*). Autrement dit, le droit a pénétré l’identité des FHQ de façon à

l'individualiser, au détriment des communautés qui aujourd'hui « s'effritent », « s'atomisent » (Thériault, 1989 : 143). Peut-être est-ce l'une des raisons pour lesquelles le discours des FHQ s'est graduellement distancié, après 1982, d'une réflexion sur leur autonomie, entendue comme « développement global », comme le souligne Normand (2012 : 13).

Finalement, un dernier effet pervers de la judiciarisation a trait au rapport de force que dicte le droit entre la minorité et la majorité. Comme le souligne Thériault, le droit ne convainc pas la majorité de la nécessité de ce que revendique la minorité; il l'impose. « Le droit [...] éloigne les parties en cause de tout esprit de dialogue, de médiation, bref, de compromis politiques » (Thériault, 2007 : 293). Elle durcit, en conséquence, les rapports politiques avec la majorité. Pire, pour Cardinal, le discours des droits a conduit au développement d'un nationalisme majoritaire anglo-dominant au Canada « servant à lutter contre toute revendication de droits collectifs » (Cardinal, 2005 : 63), délégitimant les demandes de reconnaissance des minorités comme les FHQ. Thériault renchérit, indiquant que la mobilisation judiciaire « pourrait se transformer en braquage de la majorité contre la minorité dans d'autres dossiers où le droit ne peut intervenir » (Thériault, 2007 : 293-294). En somme, selon ces auteurs, la mobilisation judiciaire n'est pas qu'un mode d'action parmi tant d'autres pour les FHQ. Au-delà des victoires obtenues par l'entremise des juges, elle encourt plusieurs effets délétères sur les FHQ en tant que communauté culturelle et historique ainsi que sur ses rapports avec la majorité. En ce sens, elle est peut-être à long terme contreproductive pour l'autonomie des FHQ.

Bien que ces constats débordent les frontières de notre thèse, ils nourrissent les réflexions plus larges sur l'autonomie des FHQ et sur leur rapport au droit. À la lumière de cette discussion et des résultats de notre thèse selon lesquels les juges sont limités dans l'avancement d'une norme d'autonomie pour les FHQ par le contexte institutionnel guidant leur interprétation du droit linguistique, il devient d'autant plus évident que le domaine judiciaire ne peut pas être le seul lieu de mobilisation pour les FHQ. L'action politique concertée, portée par des stratégies visant la consolidation du pouvoir des FHQ et la légitimation de leurs revendications d'autonomie, tant auprès des législateurs que de la population majoritaire, restent primordiales. Rappelons, comme l'observait Poirier, que les FHQ pourraient revendiquer une plus grande autonomie institutionnelle *à l'intérieur* du cadre fédéral canadien – un lieu potentiel de pouvoir qui est pour l'instant banalisé, pour ne pas dire ignoré par les porte-parole des FHQ (Poirier, 2008 : 514). Les FHQ pourraient se faire les revendicatrices d'une réforme du fédéralisme

canadien afin que celui-ci soit plus représentatif de la dualité canadienne. Ce type de réforme n'est pas l'apanage des juges; il devrait impérativement passer par les canaux législatifs, voire faire l'objet d'amendements constitutionnels. Pour le dire autrement, les FHQ ne peuvent pas se permettre d'oublier l'arène politique, et ils ont encore beaucoup à gagner en investissant ce lieu de pouvoir afin de consolider et de faire avancer leur autonomie au-delà des limites établies par l'interprétation des droits linguistiques par les juges, si tel est leur dessein.

Les contributions de la thèse

Les résultats de cette thèse offrent quatre contributions à la littérature existante. En premier lieu, nous avons effectué une analyse chronologique des décisions de la Cour suprême, en plus d'inclure certaines décisions importantes provenant de cours inférieures, touchant aux droits linguistiques depuis 1982. Notre analyse fait la démonstration empirique de l'importance de cette jurisprudence pour comprendre la possibilité que l'interprétation des droits linguistiques par les juges puisse énoncer une norme d'autonomie pour les FHQ, ainsi que de ses limites. Cette analyse de la jurisprudence établit aussi la possibilité d'un plus grand dialogue entre la discipline du droit et la science politique, par l'entremise d'un corpus de textes habituellement peu utilisé par les politologues.

En deuxième lieu, dans le champ des études en francophonie canadienne, notre recherche se place en continuité des travaux de juristes comme André Braën, Michel Doucet, Pierre Foucher, Mark Power, et Denise G. Réaume, qui étudient l'évolution du droit linguistique. Toutefois, notre étude se distingue de ces travaux en se penchant sur les contraintes institutionnelles à l'avancée des droits par le discours des juges, contraintes dépassant parfois le cadre du droit, comme les traditions étatiques (Cardinal, 2015). Nous avons observé comment les traditions étatiques du compromis politique et du fédéralisme ont guidé les représentations des juges des droits linguistiques, corroborant les recherches de Cardinal. Notre analyse a su mettre en lumière l'influence contraignante de ces traditions dans la jurisprudence, mais aussi leur évolution par la plume des juges, ces derniers cherchant à faire avancer les droits linguistiques. Ces traditions participent à la formation de « paradigmes » dans le cadre desquels l'interprétation juges est circonscrite et contextualisée. En revanche, nous avons vu que les juges font aussi preuve d'agentivité dans ce contexte institutionnel. Autrement dit, la jurisprudence énoncée par les juges est un véhicule pour leurs représentations des droits linguistiques. Elle participe à l'évolution des paradigmes; il est même possible pour les juges de renverser ces derniers. Dans le

cadre de notre étude, nous avons vu que le pouvoir d'énonciation des juges leur a permis de faire graduellement avancer le droit linguistique dans le sens d'une plus grande autonomie pour FHQ, mais qu'ils n'ont pas comblé toutes les attentes de ce groupe.

En troisième lieu, cette étude participe également à la réflexion sur l'autonomie des francophones en situation minoritaire. Nous avons démontré que le discours des juges peut nourrir cette réflexion. Notre thèse a mis en lumière l'énonciation d'une norme d'autonomie pour les FHQ par les juges, bien que la terminologie « autonomie » ne fasse pas partie du discours juridique canadien, du moins en matière de droits linguistiques. Nous avons constaté que la notion de complétude institutionnelle était probablement la plus apte à saisir la norme d'autonomie énoncée par les juges, mais qu'elle ne réussissait pas à saisir les revendications des FHQ visant la participation aux processus politiques ni la reconnaissance que les juges leur ont octroyée à cet égard. Cette réflexion participe à une littérature plus large, débordant le cadre canadien, cherchant à éclairer l'enjeu du type de droits auquel les minorités linguistiques, souvent ostracisées ou oubliées dans le cadre des débats sur les droits des minorités, peuvent aspirer.

Finalement, au niveau théorique, notre thèse a démontré l'utilité d'une approche institutionnaliste pour éclairer le contexte d'interprétation des droits linguistiques par les juges. Cette approche a été négligée dans les études récentes portant sur l'activisme judiciaire et la judiciarisation de la politique au Canada, au profit d'approches plus rationalistes et instrumentalistes. En nous inspirant des approches institutionnelles, et en particulier des travaux de Jenson, nous avons démontré que le pouvoir d'énonciation des juges est en tension avec le contexte d'interprétation des droits linguistiques, et notamment les représentations que se font les juges de ces droits – représentations guidées par les traditions étatiques sur lesquels repose le régime linguistique canadien. L'étude de ces traditions étatiques ainsi que des principes d'interprétation guidant la jurisprudence nous a permis de compléter l'interprétation personnelle des juges. Nous avons ainsi fait le point sur les périodes de « dépendance au sentier », les périodes de stabilité dans l'interprétation des juges, ainsi que sur la jurisprudence qui constituait des « points tournants » dans notre corpus, soit les périodes de variation considérable, modifiant l'approche générale des juges envers l'interprétation des droits linguistiques. Par la mobilisation de ces outils méthodologiques provenant de l'institutionnalisme historique, nous avons pu faire la lumière sur l'existence de quatre périodes ou « paradigmes » (Jenson, 1989) existant dans la jurisprudence. L'observation de ces paradigmes, constituant le contexte institutionnel encadrant

la représentation des juges des droits linguistiques, a été utile pour comprendre la possibilité pour les juges de faire avancer une norme d'autonomie pour les FHQ. Plus généralement, la thèse a permis de constater que le pouvoir d'énonciation des juges est contextualisé par les institutions qui guident leur interprétation du droit, et que ces institutions ne prennent pas seulement la forme de préférences personnelles ou de valeurs.

Réflexions en vue de travaux ultérieurs

Plusieurs nouvelles pistes de recherche découlent de cette thèse et nous permettraient d'accroître la portée des résultats présentés ici. D'abord, les outils méthodologiques qui ont été développés dans le cadre de cette thèse pourraient être utilisés afin d'analyser les contraintes institutionnelles sur la reconnaissance des revendications provenant d'autres minorités, qu'elles soient sociales ou politiques, devant les tribunaux canadiens. Une analyse de ce type permettrait de donner une portée plus large à nos résultats ainsi qu'à effectuer des analyses comparées avec les résultats d'autres chercheurs s'étant intéressés aux groupes de femmes, aux groupes LGBT, ou aux Autochtones, par exemple.

Ensuite, les résultats de notre thèse semblent ouvrir vers une avenue de recherche évidente, soit l'effet du discours judiciaire sur la transformation du régime linguistique canadien. Nous avons vu, dans le cours de notre analyse, que l'interprétation des juges des droits linguistiques a été conditionnée par des traditions étatiques provenant, comme le souligne Cardinal (2015), du régime linguistique, mais que les juges ont, en retour, effectué un travail de redéfinition de ces traditions dans la jurisprudence. Comment cette redéfinition des traditions par les juges a-t-elle affecté le régime linguistique canadien à plus largement parler? Voilà une question sur laquelle de nouvelles recherches pourraient se pencher.

Une autre avenue intéressante serait d'étudier la façon dont le discours des juges et le discours des FHQ se sont mutuellement influencés, dans le cadre d'une étude longitudinale reposant sur la théorie du dialogue démocratique. Alors que la présente recherche ne se penchait que sur la façon dont les juges ont su répondre aux revendications des FHQ en termes d'autonomie, la théorie du dialogue nous permettrait d'analyser le discours des FHQ comme faisant partie d'une discussion entre ces derniers et les juges, et d'analyser les effets de la judiciarisation de la question linguistique au Canada sur le discours porté par cette minorité,

notamment dans le cadre de la publication de manifestes politiques destinés aux législateurs et à l'opinion publique.

Finalement, un travail de la nature de la présente recherche n'est jamais réellement terminé, puisque les juges continuent d'interpréter les droits linguistiques à la lumière de nouvelles questions qui leur sont constamment présentées. Déjà, depuis 2012, plusieurs décisions ont contribué à l'avancement des droits linguistiques ainsi qu'à éclairer ses limites. L'année 2015 s'annonçant, comme nous le rappelions en introduction de la présente recherche, comme une année record au titre des litiges de droit linguistique devant les tribunaux canadiens, il est indiscutable que les juges n'ont pas fini de participer à l'énonciation d'une norme d'autonomie pour les FHQ. Déjà cette année, deux arrêts en matière de droits scolaires ont été rendus par la Cour suprême. En avril, les juges ont rendu leur décision dans l'affaire *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique*, 2015 CSC 21, dans laquelle ils ont été appelés à poursuivre la clarification du critère d'égalité réelle en matière d'éducation, cette fois-ci au regard de « l'équivalence réelle » des établissements de la minorité avec ceux de la majorité dans le cadre d'une comparaison des ressources matérielles et immobilières. Le mois suivant, ils rendaient la décision *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale)*, 2015 CSC 25, qui portait en partie sur la pratique de la commission scolaire francophone du territoire du Yukon d'admettre des élèves non « ayant droit » à l'École Émilie-Tremblay, sa seule école. Les juges ont alors invoqué la tradition du fédéralisme pour déterminer que dans l'exercice des droits des minorités, il était impératif de respecter « [l]es pouvoirs constitutionnels des provinces » (*Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale)* : au para. 64). Il découle de ces pouvoirs que les provinces pourraient « déléguer à une commission scolaire la fonction de fixer les critères d'admission à l'égard des enfants de non-ayants droit » (*ibid.* : au para. 69) en allant au-delà des critères minimums de délégation de pouvoirs requis par la Constitution, mais ce n'avait pas été le cas dans en l'espèce, au Yukon. Cet arrêt démontre bien que malgré les avancées des dernières années, la tradition du fédéralisme détient toujours un effet significatif sur la représentation que se font les juges de la portée des droits linguistiques, et ce faisant, de la possibilité d'énoncer une norme d'autonomie pour les FHQ.

De nouvelles avancées sont attendues. La cause *Caron*, évoquée en introduction de la thèse, est, à cet égard, au premier chef de nos préoccupations. La décision de la Cour suprême

dans cette cause pourrait contribuer à renverser la jurisprudence en matière de droits linguistiques dans l'Ouest canadien instaurée depuis l'arrêt *Mercurie* en 1988, et créer en Saskatchewan et en Alberta un régime de droits linguistiques semblable à celui existant au Manitoba depuis le Renvoi de 1985. Les juges de la Cour suprême devraient rendre leur décision d'ici la fin de l'année 2015. Selon nous, l'amplitude de cette décision à venir ne laisse planer aucun doute sur la pertinence de poursuivre l'étude de la jurisprudence de droit linguistique et de son impact sur les aspirations d'autonomie des communautés francophones en situation minoritaire du pays.

Bibliographie

Articles et ouvrages scientifiques

- ARZOZ, Xabier. (2010). « Accommodating Linguistic Difference : Five Normative Models of Language Rights ». *European Constitutional Law Review*, vol. 6, 102-122.
- ASSOCIATION CANADIENNE-FRANÇAISE DE L'ALBERTA (ACFA). (1989). *C'est maintenant, l'heure de l'École franco-albertaine. Une étude du régime d'application en Alberta de l'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés* (rapport Desjarlais). Edmonton.
- AUNGER, Edmund A. (2014). « L'anatomie d'un procès contre la langue française : Sa Majesté la Reine c. Gilles Caron, 2003-2008 ». *Revue de droit linguistique*, vol. 1, 30-81.
- (2006). *La suppression du bilinguisme officiel en Alberta et son impact sur la minorité francophone*. En ligne : <http://www.ualberta.ca/~eaunger/discours/Caron2006.htm> (consulté le 15 juillet 2015).
- BAKER, Dennis. (2010). *Not Quite Supreme. The Courts and Coordinate Constitutional Interpretation*. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press.
- BASTARACHE, Michel. (2015). « Les garanties linguistiques : droits humains ou instruments d'intégration sociale au Canada ». *Revue de droit linguistique*, vol. 2, 1-9.
- (2009a). « How internationalization of the Law has materialized in Canada ». *Revue de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick*, vol. 59, n°1, 190-204.
- (2009b). « L'évolution de la pensée du juge en chef Lamer relativement aux fondements des garanties constitutionnelles en matière de langues officielles ». Dans : DODEK, Adam et Daniel JUTRAS. *Le feu sacré. L'héritage d'Antonio Lamer*. Markham : LexisNexis, 335-352.
- (2007a). « Le statut des minorités dans le cadre de la *Charte canadienne des droits et libertés* ». *Revue internationale d'études canadiennes*, n° 36, 309-318.
- (2007b). « La *Charte canadienne des droits et libertés*, reflet d'un phénomène mondial? ». *Cahiers de Droit*, vol. 48, n° 4, 735-746.
- (2004). « Introduction », dans : BASTARACHE, Michel (dir.), *Les droits linguistiques au Canada*, 2^e éd. Montréal : Éditions Yvon Blais, 3-39.
- (1989). « L'Accord constitutionnel de 1987 et la protection des minorités francophones hors Québec ». *Revue de droit McGill*, vol. 34, 119-129.

- BASTARACHE, Michel et Andr ea BOUDREAU OUELLET. (1993). « Droits linguistiques et culturels de 1713 à nos jours ». Dans DAIGLE, Jean (dir.). *L'Acadie des Maritimes*. Moncton : Chaire d'études acadiennes, 385-429.
- BATIFFOL, Henri. (1962). *La philosophie du droit*. Paris : Presses universitaires de France.
- BEAULAC, Stéphane et Pierre-André CÔTÉ (2006). « Driedger's 'Modern Principle' at the Supreme Court of Canada : Interpretation, Justification, Legitimization ». *Revue juridique Thémis*, no 40, 130-172.
- BEHIELS, Michael D. (2004). *Canada's Francophone Minority Communities. Constitutional Renewal and the Winning of School Governance*. Montréal-Kingston: McGill-Queen's University Press.
- BÉLAND, Daniel et Robert Henry COX (dirs.). (2011). *Ideas and Politics in Social Science Research*. New York: Oxford University Press.
- BÉLAND, Daniel et André LECOURS. (2008). *Nationalism and Social Policy. The Politics of Territorial Solidarity*. Oxford: Oxford University Press.
- BELL, Stephen. (2011). "Do We Really Need a New 'Constructivist Institutionalism' to Explain Institutional Change?". *British Journal of Political Science*, vol. 41, 883-906.
- BÉRARD, Frédéric. (2000). *Les impacts constitutionnels et politiques du Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Thèse de maîtrise en science politique, Université McGill.
- BERNARD, Roger. (2012[2000]). *  la défense de Montfort*. Ottawa: Prise de parole.
- BINNIE, Ian. (2007). "Interpreting the Constitution: the living tree vs. original meaning". *Policy Options*, vol. 28, n 9. En ligne: <http://policyoptions.irpp.org/issues/free-trade-20/interpreting-the-constitution-the-living-tree-vs-original-meaning/> (consulté le 4 août 2015).
- BLATTBERG, Charles. (2008). « Exiger la reconnaissance? ». Dans : SEYMOUR, Michel (dir.). *La Reconnaissance dans tous ses  tats*. Montréal : Québec Américaine, 69-101.
- BLYTH, Mark M. (1997). "Any More Bright Ideas? The Ideational Turn of Comparative Political Economy". *Comparative Politics*, vol. 29, n 2 (janvier), 229-250.
- BOURGEOIS, Daniel. (2007). « Administrative Nationalism ». *Administration & Society*, vol. 39, no 5, 631-655.
- BRAËN, André (1988). « Le compromis de la Cour suprême du Canada en matière de droits linguistiques ». *Revue du Nouvel-Ontario*, né 10, 39-48.

- BRETON, Raymond. (1985). « L'intégration des francophones hors Québec dans des communautés de langue française ». *Revue de l'Université d'Ottawa*, vol. 55, n° 2, 357-376.
- (1964). « Institutional Completeness of Ethnic Communities and the Personal Relations of Immigrants ». *American Journal of Sociology*, Vol. 70, n°2 (septembre), 193-205.
- BRODIE, Ian. (2001). « Interest Group Litigation and the Embedded State: Canada's Court Challenges Program ». *Revue canadienne de science politique*, vol. XXXIV, n° 2, 77-99.
- CAIRNS, Alan C. (1992). *Charter versus Federalism. The Dilemmas of Constitutional Reform*. Montréal: McGill-Queen's University Press.
- (1988). « Citizens (Outsiders) and Governments (Insiders) in Constitution-Making: The Case of Meech Lake ». *Analyse de politiques*, vol. XIV, 121-145.
- CAMPBELL, John L. (2002). « Pour convaincre les sceptiques : à propos des idées et des critiques de la théorie du choix rationnel ». *Sociologie et sociétés*, vol. 34, n°1, 35-50.
- CARDINAL, Linda. (2015). « State Tradition and Language Regime in Canada ». Dans : CARDINAL, Linda, et Selma SONNTAG (dirs.). *State Traditions and Language Regimes*. Montréal/Kingston: McGill-Queen's University Press, 35-60.
- (2011). *C'est l'temps : Le premier mouvement de revendication pour le droit à des services de justice en français en Ontario, 1975 à 1977*. Ottawa : Fondation du droit de l'Ontario.
- (2008). « Les minorités francophones hors Québec et la vie politique au Canada : comment combler le déficit démocratique ? ». Dans : THÉRIAULT, Joseph Yvon, Anne GILBERT et Linda CARDINAL. *L'espace francophone en milieu minoritaire au Canada*. Montréal : Fides, 385-430.
- (2005). « La judiciarisation de la politique, les droits des minorités et le nationalisme canadien ». *Forum constitutionnel*, vol. 13, n° 3 / vol. 14, n° 1, 60-64.
- (2000). « Le pouvoir exécutif et la judiciarisation de la politique au Canada. Une étude du Programme de contestation judiciaire ». *Politique et sociétés*, vol. 19, n°s 2-3, 43-64.
- (1997). *L'engagement de la pensée : écrire en milieu minoritaire francophone au Canada*. Sudbury : Prise de parole.
- CARDINAL, Linda et Selma SONNTAG. (2015). « Introduction ». Dans : CARDINAL, Linda, et Selma SONNTAG (dirs.). *State Traditions and Language Regimes*. Montréal/Kingston : McGill-Queen's University Press, 1-34.
- CARDINAL, Linda et Éloïsa GONZÁLEZ HIDALGO. (2012). « L'autonomie des minorités francophones hors Québec au regard du débat sur les minorités nationales et les minorités

ethniques ». *Minorités linguistiques et société*, vol. 1, n^o1. Disponible en ligne : <http://www.erudit.org/revue/minling/2012/v/n1/1009208ar.pdf> (consulté le 25 juin 2012).

CARDINAL, Linda et Martin NORMAND. (2011). « Des accents distincts. Les régimes linguistiques ontarien et québécois ». Dans : SAVARD, Jean-François, Alexandre BRASSARD et Louis CÔTÉ (dirs.). *Les relations Québec-Ontario : un destin partagé?* Québec : Presses de l'Université Laval, 131-157.

CENTRE DE RECHERCHE EN CIVILISATION CANADIENNE-FRANÇAISE (CRCCF). (2004). *La présence française en Ontario : 1610, passeport pour 2010*, « Les luttes pour les écoles secondaires de langue française ». En ligne : <http://www.crccf.uottawa.ca/passeport/IV/IVD1c/IVD1c.html#haut> (consulté le 19 mars 2015).

CHEFFINS, Ronald. (1966). « The Supreme Court of Canada : The Quiet Court in an Unquiet Country ». *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 4, 259-275.

CHEVRIER, Marc. (2000). « Le juge et la conservation du régime politique au Canada ». *Politique et Sociétés* (numéro « Judicialisation et pouvoir politique »), vol. 19, n^{os} 2-3, 65-87.

CEYHAN, Ayse. (1993). « Le communautarisme et la question de la reconnaissance », *Cultures et conflits*, vol. 12, 1-8.

CLARKE, Charles. (2013). « Preface: Using the Ideas of 'Non-Territorial Autonomy' to Avoid Violent Conflict and Meet the Modern Challenges of Nationalism ». Dans : NIMNI, Ephraim, Alexander OSIPOV et David J. SMITH (dirs.). *The Challenge of Non-Territorial Autonomy : Theory and Practice*. Oxford : Peter Lang, xi-xx.

CLARKE, Paul T., et Pierre FOUCHER. (2005). *École et droits fondamentaux. Portrait des droits collectifs et individuels dans l'ère de la Charte canadienne des droits et libertés*. Winnipeg : Presses universitaires de St-Boniface.

COMMAILLE, Jacques, Laurence DUMOULIN et Cécile ROBERT (dirs.). (2000). *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques*. Paris : Réseau Européen Droit et Société et Maison des Sciences de l'Homme.

COMMISSARIAT AUX LANGUES OFFICIELLES. « *Charlebois c Saint John (Ville)* (2005) ». En ligne : <http://www.ocol-clo.gc.ca/fr/droits-linguistiques/jugements/charlebois-c-saint-john-ville-2005> (consulté le 4 juillet 2015)

COUR SUPRÊME DU CANADA. (2014). « Liste de tous les juges en chefs et les juges puînés ». En ligne : <http://www.scc-csc.gc.ca/court-cour/judges-juges/atoz-aaz-fra.aspx> (consulté le 16 juin 2015).

----- (2000). *La Cour suprême du Canada et ses juges, 1987-2000 : un livre commémoratif*. Toronto : Dundurn.

- « La très honorable Beverley McLachlin, C.P., Juge en chef du Canada ». En ligne : <http://www.scc-csc.gc.ca/court-cour/judges-juges/bio-fra.aspx?id=beverley-mclachlin> (consulté le 3 août 2015).
- « L'honorable Thomas Albert Cromwell ». En ligne : <http://www.scc-csc.gc.ca/court-cour/judges-juges/bio-fra.aspx?id=thomas-albert-cromwell> (consulté le 3 août 2015).
- « L'honorable Ian William Corneil Binnie ». En ligne : <http://www.scc-csc.gc.ca/court-cour/judges-juges/bio-fra.aspx?id=william-ian-corneil-binnie> (consulté le 4 août 2015).
- DALLMAYR, Fred. (1990). « Hermeneutics and the Role of Law ». *Cardozo Law Review*, vol. 11, 1448-1469.
- DENIS, Claude. (2009). « Persistance du colonialisme : politique et droits des peuples autochtones ». Dans : Dimitrios KARMIS et Linda CARDINAL (dirs.). *Les politiques publiques au Canada. Pouvoir, conflits et idéologies*. Québec : Presses de l'Université Laval, 207-233.
- DENIS, Wilfrid. (1984). *Les lois et la langue : l'oppression des Fransaskois*. Saskatoon : Unité de recherches pour les études canadiennes-françaises, University of Saskatchewan.
- DE SCHUTTER, Helder. (2014). « Testing for Linguistic Injustice : Territoriality and Pluralism ». *Nationalities Papers*, vol. 42, n° 6, 1034-1052.
- DE VARENNES, Fernand. (2013). « Language, Ethnic Conflicts and International Law ». *Treaties and Documents, Journal of Ethnic Studies*, disponible en ligne : https://www.academia.edu/1386908/Language_Ethnic_Conflicts_and_International_Law (consulté le 30 novembre 2015).
- DJABALLAH, Amar. (2006). « L'herméneutique selon Jans-Georg Gadamer ». *Théologie évangélique*, vol. 5, n° 1, 31-68.
- DOUCET, Michel. (2011). « La Cour suprême du Canada et le principe de la progression vers l'égalité des droits linguistiques : un dialogue inachevé ». Dans : LAMBERT, Nicolas C.G. (dir.). *À l'avant-garde de la dualité. Mélanges en l'honneur de Michel Bastarache*. Cowansville : Éditions Yvon Blais, 281-322.
- (2007). « La Partie VII de la *Loi sur les langues officielles du Canada* : Une victoire à la Pyrrhus ou réel progrès? ». *Revue de la Common law en français*, vol. 9, n° 1, 31-84.
- (2000). « Les droits linguistiques : une nouvelle trilogie ». *Revue de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick*, vol. 49, n° 1, 3-20.
- (1995). *Le discours confisqué*. Moncton : Éditions d'Acadie.

- DOUCET, Michel, Michel BASTARACHE et Martin RIOUX. (2013). « Chapitre 1 : Les droits linguistiques : fondements et interprétation ». Dans : DOUCET, Michel et Michel BASTARACHE (dirs.). *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e édition. Cowansville : Éditions Yvon Blais, 5-88.
- DRIEDGER, Elmer A. (1983). *The Construction of Statutes*, 2nd edition. Toronto: Butterworths.
- DUBOIS, Janique. (2014). « Le projet politique fransaskois : cent ans d'existence ». *Études ethniques au Canada*, vol. 46, n^o 2, 99-112.
- DUGUAY, Rose-Marie. (2008). *La petite enfance en milieu minoritaire francophone*. Moncton : Université de Moncton. En ligne : http://www8.umoncton.ca/umcm-grpe/wp-content/uploads/2012/02/milieu_minoritaire.pdf (consulté le 8 septembre 2015).
- DUPUIS, Serge. (2014). « L'affichage bilingue au Nouveau-Brunswick et en Ontario : une étude comparée ». conférence présentée au colloque *L'Acadie dans tous ses défis*, Congrès mondial acadien, Edmundston, le 14 août 2014.
- (2008). « On prévoyait le déluge! La résistance franco-ontarienne au rapatriement de la Constitution canadienne : 1977-1982 ». *Revue du Nouvel-Ontario*, n^o 33, 7-39.
- DURAND, Pascal. (2014). « Capital symbolique ». *Socius : ressources sur le littéraire et le social*, Chaire de recherche du Canada sur l'histoire de l'édition et la sociologie du littéraire. En ligne : <http://ressources-socius.info/index.php/lexique/21-lexique/39-capital-symbolique> (consulté le 20 juin 2015).
- EVANS, Peter, Dietrich RUESCHEMEYER, et Theda SKOCPOL. (1985). *Bringing the State Back In*. Cambridge : Cambridge University Press.
- EVEN, Alain. (1971). « Domination et développement au Nouveau-Brunswick ». *Recherches sociographiques*, vol. 12, n^o 3, 271-318.
- FAUCHER, Rolande. (2008). *Jean-Robert Gauthier. « Convaincre... sans révolution et sans haine »*. Ottawa : Prise de parole.
- FÉDÉRATION DES FRANCOPHONES HORS QUÉBEC. (1981). *Un espace économique à inventer*. Ottawa.
- (1979). *Pour ne plus être... sans pays*. Ottawa.
- (1977). *Les héritiers de Lord Durham*, Ottawa.
- FISHMAN, Joshua A. (2006). « Reversing Language Shift : Successes, Failures, Doubts and Dilemmas ». Dans : HORNBERGER, Nancy H., et Martin PÜTZ (dirs.). *Language Loyalty, Language Planning and Language Revitalization. Recent Writings and Reflections from Joshua A. Fishman*. North York : UTP.

- FORGUES, Eric. (2010). « Autonomie, vitalité et identité des communautés en situation minoritaire : Proposition d'un cadre conceptuel ». *Revue internationale d'études canadiennes*, vol. 42, 183-206.
- (2008). « Le développement économique des communautés francophones en situation minoritaire : Étude de cas du Réseau de développement économique et d'employabilité ». Institut canadien de recherche sur les minorités linguistiques, Moncton. En ligne : <http://celarc.ca/cppc/222/222254.pdf> (consulté le 16 août 2015).
- FOUCHER, Pierre. (2013). « Les articles 16 à 22 de la Charte ». *Supreme Court Law Review*, vol. 62, 379-419.
- (2012). « Autonomie des communautés francophones minoritaires au Canada: le point de vue du droit ». *Minorités linguistiques et société*, vol. 1, 90-114.
- (2010-2011). « Francophone minoritaire en droit canadien : une question de choix? ». *Revue du Nouvel-Ontario*, vol. 35-36, 47-67.
- (2008a) « Droits et lois linguistiques : le droit au service du Canada français ». Dans : THÉRIAULT, Joseph-Yvon, Anne GILBERT et Linda CARDINAL (dirs.). *L'espace francophone en milieu minoritaire au Canada*. Montréal : Fides, 463-511.
- (2008b). « Le carré redevenu cercle? Fédéralisme, droits linguistiques et égalité dans l'interprétation de la Constitution canadienne ». Dans : CARDINAL, Linda (dir.). *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*. Sudbury : Prise de parole, 269-287.
- (2005). « Le juge et la gouvernance linguistiques ». Dans : WALLOT, Jean-Pierre. *La gouvernance linguistique : le Canada en perspective*. Ottawa : Presses de l'Université d'Ottawa, 139-154.
- (2000). « Les gardiens de la paix. La Cour suprême du Canada et le contentieux des droits linguistiques : Montée en puissance des juges, pourquoi? ». Dans : MOSSMAN, Mary Jane et Ghislain OTIS (dirs.). *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*. Montréal : Éditions Thémis, 129-160.
- (1990a). « Droits linguistiques en Acadie : De la dynamique des droits à celle des autonomies ». *Actes du Symposium « Vers un aménagement linguistique de l'Acadie du Nouveau-Brunswick »*, 3-5 mai 1990. Moncton : Centre de recherche en linguistique appliquée, Université de Moncton, 67-82.
- (1990b). « L'affaire Mahé : le jugement de la décennie en droits linguistiques ». *Constitutional Forum constitutionnel*, vol. 1, n° 3, 10-12.
- (1988). « Le droit à l'instruction en français en Ontario en dépit de la loi ou avec la loi ». *Revue du Nouvel Ontario*, n° 10, 67-81.

- (1987). « L'interprétation des droits linguistiques constitutionnels par la Cour suprême du Canada ». *Revue de droit d'Ottawa*, vol. 19, 381- 411.
- GADAMER, Hans-Georg. (1996[1976]). *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*. Paris : Seuil, coll. L'Ordre philosophique.
- GAGNON, Alain-G., GUIBERNEAU, Montserrat, et François ROCHER. (2003). *The conditions of diversity in multinational democracies*. Montréal: Institute of Research on Public Policy.
- GAGNON, Gabriel. (1976). *Coopératives ou autogestion : Sénégal, Cuba, Tunisie*. Montréal : Presses de l'Université de Montréal.
- GALANTER, Marc. (1974). « Why the 'Haves' Come Out Ahead : Speculations on the Limits of Legal Change ». *Law and Society Review*, vol. 9, n° 1 (automne), 95-160.
- GARAPON, Antoine. (1995). « La question du juge ». *Pouvoirs*, n° 74, 13-27.
- GILBERT, Anne, Michèle KÉRISIT, Christine DALLAIRE, Cécile CODERRE et Jean HARVEY. (2005). « Le discours sur la santé des organismes franco-ontariens : du rapport Dubois à la cause Montfort ». *Reflets : revue d'intervention sociale et communautaire*, vol. 11, n° 1, 20-48.
- GNASSOUNOU, Bruno. (2001). « À partir de John Rawls, la querelle de l'utilitarisme et de l'anti-utilitarisme. Libéraux, libertariens et communautariens américains ». Dans : CAILLÉ, Alain, Michel SENELLART et Christian LAZERRI (dirs.). *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique, Tome II : Des Lumières à nos jours*, Paris : Flammarion, 399-415.
- GRAMMOND, Sébastien, 2009, *Identity Captured by Law: Membership in Canada's Indigenous Peoples and Linguistic Minorities*, Montréal/Kingston: McGill-Queens University Press.
- GRAY, Andrew et Eleni YANNAKIS. (2000). « Language, Culture and Interpretation : An Interview with Mr. Justice Michel Bastarache ». *University of Toronto Faculty of Law Review*, vol. 58, n° 1, 73-82.
- GREEN, Leslie et Denise RÉAUME. (1990). « Second-class rights? Principle and compromise in the Charter ». *Dalhousie Law Journal*, vol. 13, n° 2, 564-593.
- GRONDIN, Jean. (2008). *L'herméneutique*, Paris : Presses universitaires de France.
- GROSSMAN, Joel B., Stewart MACAULAY, Herbert M. KRITZER. (1999). « Do the 'Haves' Still Come Out Ahead? ». *Law and Society Review*, vol. 33, n° 4, 803-810.
- GURR, Ted Robert. (2000). « Ethnic Warfare on the Wane ». *Foreign Affairs*, vol. 79, no 3 : 52-64.

- HAY, Colin. (2004). « Ideas, Interests and Institutions in the Comparative Political Economy of Great Transformations ». *International Political Economy*, vol. 11, n° 1 (février), 204-226.
- HÉBERT, Raymond M. (2004). *Manitoba's French-Language Crisis : A Cautionary Tale*. Montréal : McGill-Queen's University Press.
- HEIN, Gregory. (2000). « Interest Group Litigation and Canadian Democracy », *Choices*, vol. 6, n° 2, 1-32.
- HIEBERT, Janet L. (2010). « Chapter 4: The Canadian Charter of Rights and Freedoms ». Dans : COURTNEY, John C. et David E. SMITH (dirs.). *The Oxford Handbook of Canadian Politics*. New York : Oxford University Press, 54-71.
- (2002). *Charter Conflicts. What Is Parliament's Role?* Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press.
- HIRSCHL, Ran. (2008). « The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts ». *Annual Review of Political Science*, vol. 11, 93-118.
- (2000). « The Struggle for Hegemony: Understanding Judicial Empowerment Through Constitutionalization in Culturally Divided Societies ». *Stanford Journal of International Law*, vol. 36, 73-118.
- HOGG, Peter W., Allison A. THORNTON, Wade K. WRIGHT. (2007). « Charter Dialogue Revisited – or ‘Much Ado About Metaphor’ ». *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, n° 1, 1-65.
- HOGG, Peter W., et Allison A. THORNTON. (1999). « Reply to ‘Six Degrees of Dialogue’ ». *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 37, n° 3, 529-536.
- HOGG, Peter W., et Allison A. BUSHELL. (1997). « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All) ». *Osgood Hall Law Journal*, vol. 35, n° 1, 75-124.
- HOUDE, Jeanne, et Benoît LETTRE. (1964-1965). « Droit public et science politique », *Cahiers de droit*, vol. 6, 71-79.
- HOWE, Paul, et Peter RUSSELL (dirs.). (2001). *Judicial Power and Canadian Democracy*. Kingston: McGill-Queen's University Press.
- HUDON, Marie-Ève, (2010). *Le rôle des tribunaux dans la reconnaissance des droits linguistiques*. Ottawa : Publication de la Bibliothèque du Parlement.
- JENSON, Jane. (2013). “Historical Transformations of Canada's Social Architecture: Institutions, Instruments and Ideas”. Dans: BANTING, Keith, et John MYLES (dirs.). *Inequality and the Fading of Redistributive Politics*. Toronto: University of Toronto Press, 43-64.

- (1989). « Paradigms and Political Discourse: Protective Legislation in France and the United States Before 1914 ». *Canadian Journal of Political Science*, vol. 22, n° 2 (juin), 235-258.
- KARMIS, Dimitrios. (2006). « Les multiples voix de la tradition fédérale et la tourmente du fédéralisme canadien ». Dans : GAGNON, Alain-G. (dir.). *Le fédéralisme canadien contemporain. Fondements, traditions, institutions*. Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 63-92.
- KEATING, Michael. (2012). "Rethinking Sovereignty. Independence-Lite, Devolution-Max and National Accommodation". *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, n° 16, 9-29.
- KELLY, James B. (2005). *Governing with the Charter. Legislative and Judicial Activism and Framers' Intent*. Vancouver: UBC Press.
- KUHN, Thomas. (1972). *La structure des révolutions scientifiques*. Paris : Flammarion.
- KYMLICKA, Will. (2012). « A New Deal for OLMCs? Three Challenges ». *Minorités linguistiques et sociétés*, vol. 1, n° 1, 248-258.
- (1995). *Multicultural Citizenship*. Oxford: Oxford University Press.
- KYMLICKA, Will et Alan PATTEN (dirs.). (2003). *Language Rights and Political Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- LAJOIE, Andrée. (2002). *Quand les minorités font la loi*, Paris : Presses universitaires de France.
- (1997). *Jugements de valeurs. Le discours judiciaire et le droit*. Paris : Presses universitaires de France.
- LAJOIE Andrée, E. GÉLINEAU, I. DUPLESSIS et G. ROCHER. (2000a). «L'intégration des valeurs et des intérêts autochtones dans le discours judiciaire et normatif canadien». *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 38, p.143-188.
- LAJOIE, Andrée, M.-C. GERVAIS, É. GÉLINEAU et R. JANDA. (2000b). «La majorité marginalisée: le trajet des valeurs des femmes vers le forum judiciaire et leur intégration dans le discours de la Cour suprême». *Revue juridique Thémis*, vol. 34, 563-605.
- LAJOIE, Andrée, Régine ROBIN, Sébastien GRAMMOND, Henry QUILLINAN, Louise ROLLAND. (1994). « Les représentations de 'société démocratique' à la cour Dickson : La rhétorique dans le discours judiciaire canadien ». *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 32, n° 2 (été), 295- 391.
- LAJOIE, Andrée, et Ivan BERNIER (dirs.). (1986). *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*. Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services.
- LANDRY, Nicolas et Nicole LANG. (2001). *Histoire de l'Acadie*, Sillery : Septentrion.

- LANDRY, Rodrigue, Éric FORGUES, et Christophe TRAISNEL. (2010). « Autonomie culturelle, gouvernance et communautés francophones en situation minoritaire au Canada ». *Politique et sociétés*, vol. 29, n° 1, 91-114.
- LANDRY, Rodrigue. (2012). « Autonomie culturelle, cultures sociétales et vitalité des communautés de langue officielle en situation minoritaire au Canada ». *Minorités linguistiques et sociétés*, n° 1, 159-179.
- (2009). « Autonomie culturelle et vitalité des communautés de langue officielle en situation minoritaire ». *Revue de la Common law en français*, vol. 11, 19-43.
- LAPIDOTH, Ruth. (1997). *Autonomy. Flexible Solutions to Ethnic Conflicts*. Washington : United Nations Institute of Peace Press.
- (1993). « Autonomy: Potential and Limitations ». *International Journal of Group Rights*, vol. 1, 269-290.
- LAPONCE, Jean. (1984). *Langue et territoire*. Québec: Presses de l'Université Laval.
- LECLAIR, Jean. (2002). « Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles ». *Queen's Law Journal*, vol. 27, 389-443.
- LECOURS, André. (2002). « L'approche néo-institutionnaliste en science politique : unité ou diversité? ». *Politique et sociétés*, vol.21, n° 3, 3-19.
- LEE, Tanya. (2008). « Justice Wilson and the Charter : An Engagement to Keep ». Dans : CAMERON, Jamie (dir.). *Reflections on the Legacy of Justice Bertha Wilson*. Markham : LexisNexis, 263-296.
- LEGAL INFORMATION INSTITUTE. « Amicus Curiae ». Cornell University Law School, en ligne : https://www.law.cornell.edu/wex/amicus_curiae (consulté le 11 juin 2015).
- LÉGER, Rémi. (2015). « De la reconnaissance à l'habilitation ». *Francophonies d'Amérique* (à paraître).
- (2012). *Justice and Official Languages in Canada*. Thèse de doctorat en philosophie politique, Université Queen's, Kingston.
- (2011). « Le Canada multinational dans la pensée de Will Kymlicka ». Dans : Frédéric Boily et Donald Ipperciel (dirs.). *D'une nation à l'autre: discours nationaux au Canada*. Sainte-Foy : Les Presses de l'Université Laval, 107-126.
- LÉGER HASKELL, Maxine. (2013). *Federal Electoral Boundary Redistribution and Official Language Minority Representation in Canada*. Thèse de maîtrise en études politiques, Université d'Ottawa, Ottawa.

- LLUCH, Jaime. (2011). « Autonomism and Federalism ». *Publius : The Journal of Federalism*, vol. 42, n° 1, 134-161.
- LOUDER, Dean, et Eric WADDELL. (2007). *Du continent perdu à l'archipel retrouvé: Le Québec et l'Amérique française*. Québec: Presses de l'Université Laval.
- McCORMICK, John P. (2013). "Republicanism and Democracy". Dans: NIEDERBERGER, Andreas, et Philipp SCHINK. *Republican Democracy: Liberty, Law and Politics*. Edimbourg: Edinburgh University Press, 89-127.
- McCORMICK, Peter. (2005). "The Choral Court: Separate Concurrence and the McLachlin Court, 2000-2004". *Revue de droit d'Ottawa*, vol. 37, n° 1, 1-33.
- (2003). « 'With Respect...' – Levels of Disagreement on the Lamer Court, 1990-2000 ». *McGill Law Journal*, vol. 48, 89-116.
- (1998). « Follow the Leader : Judicial Power and Judicial Leadership on the Laskin Court, 1973-1984 ». *Queen's Law Journal*, vol. 24, 237-277.
- McLACHLIN, Beverley. (2013). « The Canadian Charter of Rights and Freedoms' First 30 Years: A Good Beginning ». *Supreme Court Law Review*, vol. 61 (2d), 25-44.
- McROBERTS, Kenneth. (2003). "Managing Cultural Differences in Multinational Democracies". Dans: GAGNON, Alain-G., GUIBERNAU, Montserrat, et François ROCHER (dirs.). *The Conditions of Diversity in Multinational Democracies*. Montréal: IRPP, iii-xi.
- (1999). *Un pays à refaire. L'échec des politiques constitutionnelles canadiennes*. Montréal: Boréal.
- MACFARLANE, Emmett. (2013). *Governing from the Bench. The Supreme Court of Canada and the Judicial Role*. Vancouver: UBC Press.
- MACMILLAN, C. Michael. (1998). *The Practice of Language Rights in Canada*. Toronto: University of Toronto Press.
- MACPHERSON, James C. (2008). « Eulogy for Justice Bertha Wilson ». Dans: CAMERON, Jamie. *Reflections on the Legacy of Justice Bertha Wilson*. Markham: LexisNexis, xxix-xxxviii.
- (1995). « Justice Jean Beetz – A Rich and Enduring Legacy in Canadian Constitutional Scholarship and Jurisprudence ». Dans: *Mélanges Jean Beetz*. Montréal: Éditions Thémis, 713-722.
- MAGORD, André. (2008). *The Quest for Autonomy in Acadia*. Bruxelles: P.E.I. Lang.

- MANDEL, Michael. (1994). *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*. Toronto: Thompson Educational Publishing.
- MANFREDI, Christopher P. (2001). *Judicial Power and the Charter : Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*. Don Mills : Oxford University Press.
- MANFREDI, Christopher P., et James B. KELLY. (1999). « Six Degrees of Dialogue : A Response to Hogg and Bushell ». *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 37, n° 3, 513-527.
- MARIE, Alain. (2007). « Communauté, individualisme, communautarisme : hypothèses anthropologiques sur certains paradoxes africains ». *Sociologie et sociétés*, vol. 39, n° 2, 173-198.
- MARTEL, Marcel. (2008). « Être pauvre en période d'abondance : développement économique et communautés francophones depuis 1945 ». *Francophonies d'Amérique*, n° 26, 95-117.
- MASSICOTTE, Julien. (2008). « La question d'une tradition sociologique en Acadie : un aperçu ». *Revue canadienne de sociologie*, vol. 45, n° 3, 267-304.
- MELLON, Hugh. (2006). « Secession and Constitutional Principles : Working with the Supreme Court's Statement of Principles ». *British Journal of Canadian Studies*, vol. 2, n° 2, 211-229.
- MIGNEAULT, Gaétan. (2012). « L'influence du juge Bastarache dans les affaires de droit linguistique à la Cour suprême du Canada ». *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 42, 571-628.
- (2009). *Les Acadiens du Nouveau-Brunswick et la Confédération*. Lévis : Les Éditions de la Francophonie.
- (2007). « La progression des droits linguistiques au Nouveau-Brunswick dans une perspective historique globale ». *Revue de droit de McGill*, vol. 52, 83-125.
- MORIN, Françoise. (1992). « Vers une déclaration universelle des droits des peuples autochtones ». Dans : GIORDAN, H. *Les minorités en Europe. Droits linguistiques et droits de l'Homme*. Paris : Kimé, 493-510.
- MORTON, F.L. (1999). « Dialogue or Monologue? ». *Policy Options*, Avril 1999, 23-26.
- MORTON, F.L., et Rainer KNOPFF. (2000). *The Charter Revolution and the Court Party*. Peterborough : Broadview Press.
- MOSSMAN, Mary Jane. (2008). « Contextualizing' Bertha Wilson: Wilson as a Woman in Law in Mid-20th Century Canada ». Dans: CAMERON, Jamie. *Reflections on the Legacy of Justice Bertha Wilson*. Markham : LexisNexis, 1-31.

- NATIONS UNIES. (2010). *Minority Rights : International Standards and Guidance for Implementation*. New York/Genève.
- NIMNI, Ephraïm. (2013). « The Conceptual Challenge of Non-Territorial Autonomy ». Dans : NIMNI, Ephraïm, Alexander OSIPOV et David J. SMITH (dirs.). *The Challenge of Non-Territorial Autonomy : Theory and Practice*. Oxford : Peter Lang, 1-24.
- (2007). «National-Cultural Autonomy as an Alternative to Minority Territorial Nationalism». *Ethnopolitics*, vol. 6, no. 3, 345-364.
- NIMNI, Ephraïm (dir.). 2005. *National Cultural Autonomy and its Contemporary Critics*. New York: Routledge.
- NOREAU, Pierre. (2000). « La norme, le commandement et la loi : le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire ». *Politique et Sociétés* (numéro « Judiciarisation et pouvoir politique »), vol. 19, n° 2, 153-177.
- NOREAU, Pierre, et Élisabeth VALLET. (2004). « Le droit comme ressource des minorités nationales : un modèle de mobilisation politique du droit ». Dans : NOREAU, Pierre, et José WOEHLING (dirs.). *Diversité des appartenances culturelles et réaménagement des institutions politiques et de la citoyenneté*. Montréal : Wilson Lafleur, en ligne : <http://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/95> (consulté le 7 mars 2012).
- NORMAND, Martin. (2013). « De l'arène politique à l'arène juridique : les communautés francophones minoritaires au Canada et la *Charte canadienne des droits et libertés* ». Dans : ROCHER, François et Benoît PELLETIER (dirs.). *Un nouvel ordre constitutionnel canadien : Du rapatriement de 1982 à nos jours*. Québec : Presses de l'Université du Québec, 179-203.
- (2012). *Le développement en contexte. Quatre temps d'un débat au sein des communautés francophones minoritaires (1969-2009)*. Sudbury : Prise de parole.
- OST, François. (1993). « L'herméneutique juridique entre hermétisme et dogmatisme. Le jeu de l'interprétation en droit ». *Revue internationale de sémiotique juridique*, vol. VI, n° 18, 227-247.
- OSTBERG, C.L., et Matthew E. WETSTEIN. (2007). *Attitudinal Decision Making in the Supreme Court of Canada*. Vancouver : UBC Press.
- OUELLETTE, Roger. (1992). *Le Parti acadien. De la fondation à la disparition 1972-1982*. Moncton : Chaire d'études acadiennes.
- PÉLISSE, Jérôme. (2009). « Judiciarisation ou juridicisation? Usages et réappropriations du droit dans les conflits du travail ». *Politix*, vol. 22, n° 86, 73-96.
- PELLETIER, Benoît. (1993). « Le Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques du Manitoba ». *Revue de droit d'Ottawa*, vol. 25, n° 1, 81-87.

- PELLETIER, Réjean. (2013). « Constitution et fédéralisme ». Dans : PELLETIER, Réjean et Manon TREMBLAY (dirs.). *Le parlementarisme canadien* (5^e édition). Québec : Presses de l'Université Laval, 42-87.
- PENTASSUGLIA, Gaetano. (2009). « Evolving Protection of Minority Groups : Global Challenges and the Role of International Jurisprudence ». *International Community Law Review*, vol. 11, 185-218.
- PETTER, Andrew. (2010). *The Politics of the Charter. The Illusive Promise of Constitutional Rights*. Toronto : University of Toronto Press.
- (2007). « Taking Dialogue Theory Much Too Seriously (or Perhaps *Charter* Dialogue Isn't Such a Good Thing After All) ». *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, n° 1, 147-167.
- PETTIT, Philip. (2000). « Minority Claims under Two Conceptions of Democracy ». Dans : IVISON, Duncan, Paul PATTON et Will SAUNDERS. *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*. New York : Cambridge University Press, 199-215.
- POIRIER, Johanne. (2012). « Autonomie politique et minorités francophones du Canada : réflexions sur un angle mort de la typologie classique de Will Kymlicka ». *Minorités linguistiques et société*, n° 1, 66-89.
- (2008). « Au-delà des droits linguistiques et du fédéralisme classique : favoriser l'autonomie institutionnelle des francophonies minoritaires au Canada ». Dans : THÉRIAULT, Joseph Yvon, Anne GILBERT, et Linda CARDINAL (dirs.). *L'espace francophone en milieu minoritaire au Canada. Nouveaux enjeux, nouvelles mobilisations*. Montréal : Fides, 513-562.
- POWER, Mark, François LAROCQUE et Darius BOSSÉ. (2012). « Constitutional Litigation, the Adversarial System and some of its Adverse Effects ». *Revue d'études constitutionnelles*, vol. 17, n° 2, 1-41.
- POWER, Mark et Pierre FOUCHER. (2004). « Les droits linguistiques en matière scolaire ». Dans : BASTARACHE, Michel (dir.). *Les droits linguistiques au Canada*, 2^e édition. Cowansville: Éditions Yvon Blais, 399-493.
- PRINA, Frederica. (2013). « Introduction : National Cultural Autonomy in Theory and Practice ». *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, vol. 12, n° 1, 1-6.
- PROULX, Daniel. (2005). « Les droits linguistiques au Canada : un nouveau paradigme ». Dans : NOREAU, Pierre, et José WOEHLING (dirs.). *Appartenances, institutions et citoyenneté*. Montréal : Wilson et Lafleur, 259-280.
- RABAULT, Hugues. (1997). *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*. Paris : L'Harmattan.

- RADMILOVIC, Vuk. (2010). « Strategic Legitimacy Cultivation at the Supreme Court of Canada : Quebec *Secession Reference* and Beyond ». *Revue canadienne de science politique*, vol. 43, n° 4, 843-869.
- RAINEY, Brian E. (1988). « The French minority in a multicultural province : Critical years for the Fransaskois ». *Language, Culture and Curriculum*, vol. 1, no. 3, 225-232.
- RAWLS, John. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press.
- RÉAUME, Denise G. (2002). « The Demise of the Political Compromise Doctrine : Have Official Language Use Rights Been Revived? ». *McGill Law Journal*, vol. 47, 593-624.
- RÉSEAU ONTARIEN D'ÉDUCATION JURIDIQUE (ROEJ). *Arrêts clés du ROEJ : Lalonde c. Commission de restructuration des services de santé (Ontario)*. En ligne : <http://ojen.ca/sites/ojen.ca/files/sites/default/files/resources/Montfort%20Case%20Summary%20French.pdf> (consulté le 30 juin 2015).
- RETHMANN, Petra, Imre SZEMAN et William D. COLEMAN. (2010). *Cultural Autonomy. Fictions and Connections*. Vancouver : UBC Press.
- RICHEZ, Emmanuelle. (2014). « Losing Relevance : Quebec and the Constitutional Politics of Language ». *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 51, n° 1.
- RISK, R.C.B. et J.R.S. PRITCHARD. (1986). « Introduction ». Dans : *Bora Laskin : The Legacy*. Toronto : University of Toronto Press, 321-323.
- ROACH, Kent. (2001). *The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Toronto : Irwin Law.
- ROACH, Stephen C. (2005). *Cultural Autonomy, Minority Rights and Globalization*. Cornwall : Ashgate.
- (2004). « Minority Rights and the Dialectics of the Nation : Otto Bauer's Theory of the Nation and Its Contributions to Multicultural Theory and Globalization ». *Human Rights Review* (October-December) 91-105.
- ROBERT, Michel. (2009). « Antonio Lamer : L'homme, sa vie et son temps ». Dans : DODEK, Adam et Daniel JUTRAS. *Le feu sacré. L'héritage d'Antonio Lamer*. Markham : LexisNexis, 9-13.
- ROCHER, François. (2006). « La dynamique Québec-Canada ou le refus de l'idéal fédéral ». Dans : GAGNON, Alain-G. (dir.). *Le fédéralisme canadien contemporain. Fondements, traditions, institutions*. Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 93-146.
- ROSEN, Stanley. (1987). *Hermeneutics as Politics*. New York : Oxford University Press.

- ROUSSEL, Basile. (2013). « Affichage commercial bilingue en Acadie du Nouveau-Brunswick : rêve ou réalité? L'exemple du Grand Moncton ». *Revue de l'Université de Moncton*, vol. 44, n° 2, 199-219.
- ROY, Ingrid. (2006). *Vers un droit de participation des minorités à la vie de l'État? Évolution du droit international et pratique des États*. Montréal : Wilson et Lafleur.
- ROY, Michel. (1978). *L'Acadie perdue*. Montréal : Québec/Amérique.
- RUSSELL, Peter. (1987). *The Judiciary in Canada: The Third Branch of Government*. Toronto : McGraw-Hill Ryerson.
- (1983). « The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms ». *Revue du barreau canadien*, vol. 61, 30-54.
- SAFRAN, William. (2000). "Spatial and Functional Dimensions of Autonomy: Cross-national and Theoretical Perspectives". Dans: SAFRAN, William et Ramón MAÍZ. *Identity and Territorial Autonomy in Plural Societies*. Portland : Frank Cass, 11-34.
- SCHNEIDERMAN, David (dir.). (1989). *Langue et État. Droit, politique et identité*. Cowansville : Editions Yvon Blais.
- SERVERIN, Évelyne. (2000). *Sociologie du droit*. Paris : Éditions La Découverte (Collection « Repères »).
- SEYMOUR, Michel (dir.). (2009). *La Reconnaissance dans tous ses états. Repenser les politiques de pluralisme culturel*. Montréal: Québec Amérique.
- SHARPE, Robert J., et Kent ROACH. (2003). *Brian Dickson : A Judge's Journey*. Toronto : University of Toronto Press.
- SMITH, David E. (2010). *Federalism and the Constitution of Canada*. Toronto: University of Toronto Press.
- SMITH, David J. et John HIDDEN (dirs.). (2012). *Ethnic Diversity and the Nation State. National cultural autonomy revisited*. New York : Routledge.
- SMITH, Miriam. (2005). « Social Movements and Judicial Empowerment: Courts, Public Policy, and Lesbian and Gay Organizing in Canada ». *Politics and Society*, vol. 33, n° 2, 327-353.
- (2002). « Ghosts of the Judicial Committee of the Privy Council: Group Politics and Charter Litigation in Canadian Political Science ». *Revue canadienne de science politique*, vol. 35, n° 1, 3-29.
- SYLVESTRE, Paul-François. (2013). *L'Ontario français, quatre siècles d'histoire*. Ottawa : Éditions David.

- TAYLOR, Charles. (1994). « The Politics of Recognition ». Dans : TAYLOR, Charles et Amy GUTMANN (dirs.). *Multiculturalism : Examining 'The Politics of Recognition'*. Princeton : Princeton University Press, 25-74.
- (1992). *Rapprocher les solitudes. Écrits sur le fédéralisme et le nationalisme au Canada*. Sainte-Foy : PUL.
- THÉRIAULT, Joseph Yvon. (2009). « Les langues méritent-elles une protection législative et constitutionnelle? ». *Revue de la Common law en français*, vol. 11, 45-54.
- (2007). *Faire société. Société civile et espaces francophones*. Sudbury : Prise de parole.
- (1995). *L'identité à l'épreuve de la modernité*. Moncton : Éditions d'Acadie.
- (1989). « Lourdeur et légèreté du devenir de la francophonie hors Québec ». Dans : *Tendances démolinguistiques et évolution des institutions canadiennes. Thèmes canadiens*, 135-144.
- (1981). *Acadie coopérative et développement acadien: Contribution à une sociologie d'un développement périphérique et à ses formes de résistances*. Thèse de doctorat, Paris : EHESS.
- THÉRIAULT, Joseph Yvon et E.-Martin MEUNIER. (2008). « Que reste-t-il de l'intention vitale du Canada français? ». Dans : THÉRIAULT, Joseph Yvon, Anne GILBERT et Linda CARDINAL (dirs.). *L'espace francophone en milieu minoritaire au Canada*. Montréal : Fides, 205-238.
- TIERNEY, Stephen. (2006). « Reflection on the Evolution of Language Rights ». Dans : BRAËN, André, Pierre FOUCHER et Yves LEBOUTHILLIER (dirs.). *Langues, constitutionnalisme et minorités*, Markham : LexisNexis Butterworths, 3-27.
- TREMBLAY, Marc. (2011). « La Loi sur les langues officielles et la poursuite des objectifs de la Commission Laurendeau-Dunton : Mission accomplie? ». Dans : JEDWAB, Jack et Rodrigue LANDRY (dirs.). *Après quarante ans : Les politiques de langue officielle au Canada*. Kingston : Queen's Policy Studies Series, McGill-Queens University Press, 73-88.
- TURGEON, Luc, et Alain-G. GAGNON. (2015). « Bureaucratic Linguistic Regimes in Multilingual States : A Comparison of Belgium and Canada ». Dans : CARDINAL, Linda, et Selma SONNTAG (dirs.). *State Traditions and Language Regimes*. Montréal/Kingston : McGill-Queen's University Press, 167-191.
- VAN LEEUWEN, Bart. (2006). « Social attachments as conditions of the good life? A critique of Will Kymlicka's moral monism ». *Philosophy and Social Criticism*, vol. 32, n° 3, 401-428.
- VAN PARIJS, Philippe. (2008). *Linguistic Justice for Belgium, Europe and the World*. Louvain: Leuven University Press.

WADE, Mathieu. (2015). « Territoire, langues et sphère publique : enjeux identitaires et défis structurels de la cohabitation linguistique ». *Minorités linguistiques et société*, n° 5, 143-171.

WEBBER, Grégoire C. N. (2009). « The Unfulfilled Potential of the Court and Legislature Dialogue ». *Revue canadienne de science politique*, vol. 42, n° 2, 443-465.

WEBBER, Jeremy. (2015). *The Constitution of Canada : A Contextual Analysis*. Oxford : Bloomsbury.

WEBER, Max. (2007[1922]). *Sociologie du droit*. Paris : Presses universitaires de France.

WOEHLING, José. (1988). « La reconnaissance du Québec comme société distincte et la dualité linguistique du Canada : conséquences juridiques et constitutionnelles ». *Analyse de politiques*, vol. 14, supplément : L'Accord du lac Meech (septembre), 43-62.

YOUNG, Iris Marion. (1997). « A Multicultural Continuum : a Critique of Will Kymlicka's Ethnic-Nation Dichotomy ». *Constellations*, vol. 4, n° 1, 48-53.

ZEMANS, Frances Kahn. (1983). "Legal Mobilization: The Neglected Role of the Law in the Political System", *American Political Science Review*, vol. 77, n° 3 (septembre), 690-703.

Arrêts de la Cour suprême du Canada

Droit linguistique

Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick, [1975] 2 R.C.S. 182

Procureur général du Québec c. Blaikie et autres, [1979] 2 R.C.S. 1016

Procureur général du Manitoba c. Forest, [1979] 2 R.C.S. 1032

Procureur général du Québec c. Blaikie et autres, [1981] 1 R.C.S. 312

Procureur général du Québec c. Quebec Protestant School Boards, [1984] 2 R.C.S. 66

Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721

Bilodeau c. Procureur général (Manitoba), [1986] 1 R.C.S. 449

MacDonald c. Ville de Montréal, [1986] 1 R.C.S. 460

Société des Acadiens c. Association of Parents, [1986] 1 R.C.S. 549

R. c. Mercure, [1988] 1 R.C.S. 234

Ford c. Procureur général du Québec, [1988] 2 R.C.S. 712

Devine c. Procureur général du Québec, [1988] 2 R.C.S. 790

Mahe c. Alberta, [1990] 1 R.C.S. 342

R. c. Paquette, [1990] 2 R.C.S. 1103

Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), [1993] 1 R.C.S. 839

Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217
R. c. Beaulac, [1999] 1 R.C.S. 768
Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard, [1999] 3 R.C.S. 851
Arsenault-Cameron c. Ile-du-Prince-Édouard, [2000] 1 R.C.S. 3
Lavigne c. Canada, [2002] 2 R.C.S. 773
Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse, [2003] 3 R.C.S. 3
Solski (Tuteur de) c. Québec (P.G.), [2005] 1 R.C.S. 201
Gosselin (Tuteur de) c. Québec (P.G.), [2005] 1 R.C.S. 238
Charlebois c. Saint John (Ville), [2005] 3 R.C.S. 563
Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada, [2008] 1 R.C.S. 383
DesRochers c. Canada (Industrie), [2009] 1 R.C.S. 194
Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen, [2009] 3 R.C.S. 208
Renvoi relatif à la réforme du Sénat, 2014 CSC 32
Thibodeau c. Air Canada, 2014 CSC 67
Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique, 2015 CSC 21
Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale), 2015 CSC 25

Autres

Southam Inc. c. Hunter, [1984] 2 R.C.S. 145
R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295
R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103

Arrêts de cours inférieures ou autres

Trustees of the Roman Catholic Separate School for the City of Ottawa c. Mackell (1916), [1917] A.C. 62, 32 D.L.R. 1 (P.C.).
Edwards v. Canada (Attorney General), 1930 A.C. 124 (P.C.)
Re Official Languages Act, [1972] N.B.J. No 125
Forest v. Manitoba, [1977] M.J. No. 106
Quebec Association of Protestant School Boards c. Québec (Procureur général), [1982] J.Q. no. 444

Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights, [1984] 47 O.R. (2d) 1, 10 D.L.R. (4th) 491

Paquette v. R. in Right of Canada, 1985 CanLII 140

Marchand v. Simcoe County Board of Education et al. (No. 2) (1987), 44 D.L.R. (4th) 171 (Ont. H.C.)

Mahe et al. v. The Queen in Right of Alberta (1987), 42 D.L.R. (4th) 514

Paquette v. Canada, 1987 ABCA 188

Commission des Écoles Fransaskoises v. Saskatchewan (1988), 48 D.L.R. (4th) 315

Reference Re Minority Language Educational Rights (P.E.I.) (1988), 69 Nfld. & P.E.I.R. 236

Reference re: School Act (1988), 49 D.L.R. (4th) 499 (P.E.I.S.C.)

Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), [1990] M.J. No. 68

Charlebois v. Moncton (Greater) Planning District, [1992] N.B.J. No. 650

Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé), [1999] O.J. No. 4489

Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé, 2001 CanLII 21164 (ONCA)

Charlebois c. Mowat et ville de Moncton, 2001 NBCA 117

Raïche c. Canada (Procureur général), 2004 FC 679, [2005] 1 R.C.F. 93

Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick c. Canada, 2005 CF 1172

Galganov v. Russell (Township), [2010] O.J. No. 3512

Galganov v. Russell (Township), 2012 ONCA 409

Riverview (Town) c. Charlebois, 2014 NBBR 154

Ouvrages de référence

EDUCALOI. (2012). « Les droits linguistiques au Canada ». En ligne : <http://www.educaloi.qc.ca/loi/citoyens/318/> (consulté le 12 janvier 2012).

GOUVERNEMENT DU CANADA. *Programme d'appui aux droits linguistiques*. En ligne : <http://www.padl-lrsp.uottawa.ca/> (consulté le 14 août 2015).

GOUVERNEMENT DU CANADA. *Programme de contestation judiciaire*. En ligne : <http://www.ccppcj.ca/f/pcj.shtml> (consulté le 14 août 2015).

OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE. *Liste des organismes municipaux reconnus en vertu de l'article 29.1 de la Charte de la langue française*. En ligne : <http://www.axl.cefan.ulaval.ca/amnord/quebec-villes-bilingues-liste.htm> (consulté le 30 avril 2014).

(Sans auteur). (1980). *Vocabulaire anglais-français et lexique français-anglais de la "Common Law"*. Moncton : Éditions du Centre universitaire de Moncton.

Textes législatifs

CANADA. (1985). *Loi sur la révision des limites des circonscriptions électorales*, L.R.C. (1985).

CANADA. (1985). *Loi sur les langues officielles*, (L.R.C. (1985), ch. 31 (4e suppl.)). En ligne : <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/O-3.01/> (consulté le 19 août 2015).

CANADA. (1982). *Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, ch. 11 (R.-U.)*. En ligne : <http://laws.justice.gc.ca/fra/Charte/> (consulté le 19 août 2015).

CANADA. (1905). *Loi sur l'Alberta*, S.C. 1905.

CANADA. (1905). *Loi sur la Saskatchewan*, S.C. 1905.

CANADA. (1875). *Acte des Territoires du Nord-Ouest*, S.C. 1875.

CANADA. (1870) *Loi modifiant et prorogeant la loi 32-33 Victoria, chapitre 3, et concernant l'organisation du gouvernement du Manitoba*, 33 Vict., ch. 3 (Canada) (*Loi sur le Manitoba*). En ligne : https://salic.uottawa.ca/?q=leg_loi_manitoba_1870 (consulté le 19 août 2015).

CANADA. (1867). *Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict. Ch. 3 (R.-U.)*. En ligne : <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/Const/> (consulté le 19 août 2015).

CONSEIL DE L'EUROPE. (1995). *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*. En ligne : <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/157.htm> (consulté le 19 août 2015).

MANITOBA. (1890). *Act to provide that the English Language shall be the Official Language of the Province of Manitoba (Official Language Act)*. En ligne : https://slmc.uottawa.ca/?q=leg_official_language_act_1890 (consulté le 19 août 2015).

NATIONS UNIES. (1992). *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*. En ligne : <http://www2.ohchr.org/french/law/minorites.htm> (consulté le 15 août 2015).

NATIONS UNIES. (1966). *Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques*. En ligne : <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19660262/index.html> (consulté le 15 août 2015).

- NOUVEAU-BRUNSWICK. (1969). *Loi sur les langues officielles*. En ligne : https://salic.uottawa.ca/?q=leg_langues_officielles_nb (consulté le 20 août 2015).
- NOUVEAU-BRUNSWICK. (1981). *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles*. En ligne : [http://www.axl.cefan.ulaval.ca/amnord/nbrunswickloi-1981.htm#Loi_reconnaissant_légalité_des_deux_communautés_linguistiques_officielles_a_u_Nouveau-Brunswick_1981_\(abrogée\)](http://www.axl.cefan.ulaval.ca/amnord/nbrunswickloi-1981.htm#Loi_reconnaissant_légalité_des_deux_communautés_linguistiques_officielles_a_u_Nouveau-Brunswick_1981_(abrogée)) (consulté le 20 août 2015).
- ONTARIO. (1986). *Loi sur les services en français*. En ligne : <http://www.axl.cefan.ulaval.ca/amnord/ontario-loi1986.htm> (consulté le 20 août 2015).
- QUÉBEC. (1975). *Charte des droits et libertés de la personne, chapitre C-12*. En ligne : http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/C_12/C12.HTM (consulté le 20 août 2015).
- QUÉBEC. (2010). *Loi 115 : Loi faisant suite aux décisions judiciaires en matière de langue d'enseignement*. En ligne : <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-115-39-1.html> (consulté le 16 août 2015).
- QUÉBEC. (2002). *Loi 104 : Loi modifiant la Charte de la langue française*. En ligne : <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=5&file=2002C28F.PDF> (consulté le 16 août 2015).
- QUÉBEC. (1977). *Loi 101 : Charte de la langue française*. En ligne : http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/C_11/C11.html (consulté le 15 août 2015).
- QUÉBEC. (1974). *Loi 22 : Loi sur la langue officielle*. En ligne : <http://www.axl.cefan.ulaval.ca/amnord/quebec-loi-1974.htm> (consulté le 19 août 2015).
- UNESCO. (2001). *Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle*. En ligne : http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consulté le 19 août 2015).
- Ville de Dieppe. (2009). *Arrêté Z-22 : Un arrêté règlementant l'affichage commercial extérieur à Dieppe*. En ligne : <http://www.axl.cefan.ulaval.ca/amnord/nbrunswick-Dieppe-Z22.htm> (consulté le 14 août 2015)
- Ville d'Ottawa. (2001). *Règlement n° 2001-170 sur le bilinguisme*. En ligne : <http://ottawa.ca/fr/residents/reglements-licences-et-permis/reglements/bilinguisme-reglement-ndeg-2001-170> (consulté le 30 avril 2014).

Articles de magazines et blogues

- 1^{er} septembre 2015 : « Qui possède la qualité pour agir en vertu de l'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés? », Michel Doucet, *Observatoire international des droits*

linguistiques.

En

ligne :

http://www.droitslinguistiques.ca/index.php?option=com_content&view=article&id=389%3Aqui-possede-la-qualite-pour-agir-en-vertu-de-larticle-23-de-la-charte-canadienne-des-droits-et-libertes&catid=6%3Ablogue&Itemid=46&lang=fr (consulté le 1^{er} septembre 2015).

2 juillet 2013 : « Building Consensus », Janice Tibbetts, *Canadian Lawyer*. En ligne : <http://www.canadianlawyermag.com/4710/Building-consensus.html> (consulté le 1er août 2015).

10 avril 2012 : « Ian Binnie joins Lenczer Slaght », Gail J. Cohen, *Canadian Lawyer*. En ligne : <http://www.canadianlawyermag.com/legalfeeds/785/ian-binnie-joins-lenczner-slaght.html> (consulté le 4 août 2015)

7 juin 2009 : « Judging Beverley », Philip Slayton, *Maclean's*. En ligne : <http://www.macleans.ca/news/canada/judging-beverley/> (consulté le 1^{er} août 2015).

31 juillet 2009 : « Ontario cuts back: Mike Harris's government slashes spending », Marci McDonald, *Maclean's*. En ligne : <http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA17390884&v=2.1&u=otta77973&it=r&p=AONE&sw=w&asid=93eb87cfcba588f5fb0f175cad062fa> (consulté le 25 septembre 2015).

Articles de journaux

26 mai 2015 : « Dépenses illégitimes au Sénat : un arbitre aura le dernier mot », *La Presse*. En ligne : <http://www.lapresse.ca/actualites/politique/politique-canadienne/201505/26/01-4872632-depenses-illegitimes-au-senat-un-arbitre-aura-le-dernier-mot.php> (consulté le 4 août 2015).

14 février 2015 : « Le statut du français dans l'Ouest scruté par la Cour suprême, *Le Devoir*. En ligne : <http://www.ledevoir.com/politique/canada/431835/gilles-caron-devant-la-cour-supreme> (consulté le 14 février 2015).

7 février 2015 : « La francophonie à rude école », *Le Devoir*. En ligne : <http://www.ledevoir.com/societe/actualites-en-societe/431164/la-francophonie-a-rude-ecole> (consulté le 7 février 2015).

18 juin 2014 : « Nouveau visage à la présidence de l'ACFO dans Prescott-Russell », *Le Droit*. En ligne : <http://www.lapresse.ca/le-droit/actualites/est-ontarien/201406/17/01-4776709-nouveau-visage-a-la-presidence-de-lacfo-dans-prescott-russell.php> (consulté le 14 août 2015).

28 mai 2013 : « PQ power gives rise to 'Angryphone' lunacy », *National Post*. En ligne : <http://news.nationalpost.com/full-comment/dan-delmar-pq-power-gives-rise-to-angryphone-lunacy> (consulté le 16 août 2015).

- 6 décembre 2012 : « Galganov et Brisson déboutés en Cour suprême », *Le Droit*. En ligne : <http://www.lapresse.ca/le-droit/actualites/justice-et-faits-divers/201212/06/01-4601432-galganov-et-brisson-deboutes-en-cour-supreme.php> (consulté le 30 avril 2014).
- 12 juillet 2012 : « Affichage bilingue à Dieppe : deux entreprises abandonnent leur contestation », *Radio-Canada*. En ligne : <http://ici.radio-canada.ca/regions/atlantique/2012/07/12/003-affichage-bilingue-fin-contestation.shtml> (consulté le 30 avril 2014).
- 10 avril 2012 : « The Supreme Court's retired, but hardly retiring, Ian Binnie », *The Globe and Mail*. En ligne : <http://www.theglobeandmail.com/report-on-business/industry-news/the-law-page/the-supreme-courts-retired-but-hardly-retiring-ian-binnie/article4099999/> (consulté le 4 août 2015).
- 9 février 2012 : « Le Programme d'appui aux droits linguistiques obtient du financement pour cinq ans », *Radio-Canada*. En ligne : <http://ici.radio-canada.ca/regions/ottawa/2012/02/09/006-programme-linguistique-renouvellement.shtml> (consulté le 16 août 2015).
- 15 mars 2011 : « L'affichage bilingue est désormais obligatoire à Atholville », *L'Acadie Nouvelle*. En ligne : http://22864.vws.magma.ca/index.php?&article_id=6527 (consulté le 30 avril 2014).
- 5 mars 2011 : « Affichage bilingue obligatoire », *L'Acadie Nouvelle*. En ligne : <http://www.acadienouvelle.com/actualites/2011/03/05/affichage-bilingue-obligatoire/> (consulté le 30 avril 2014).
- 20 octobre 2010 : « Nuit du bâillon : le projet de loi 115 adopté », *Radio-Canada*. En ligne : http://ici.radio-canada.ca/nouvelles/Politique/2010/10/19/001-loi115_baillon_mardi.shtml (consulté le 17 août 2015).
- 22 septembre 2010 : « Moncton n'imposera pas l'affichage bilingue », *Le Soleil*. En ligne : <http://www.lapresse.ca/le-soleil/actualites/politique/201009/21/01-4317838-moncton-nimposera-pas-laffichage-bilingue.php> (consulté le 30 avril 2014).
- 30 août 2010 : « 'Le règlement sur l'affichage bilingue à Russell est légitime', dit la Cour », *Franco-Presse*. En ligne : http://francopresse.ca/index.cfm?Sequence_No=56830&Id=56830&Repertoire_No=1151936421&Voir=document_view§eur=300 (consulté le 30 avril 2014).
- 23 octobre 2009 : « La Cour suprême tranche – Québec renvoyé à sa table à dessin », *Le Devoir*. En ligne : <http://www.ledevoir.com/politique/quebec/273028/la-cour-supreme-tranche-quebec-renvoye-a-sa-table-a-dessin> (consulté le 10 août 2015).
- 9 septembre 2009 : « Droits linguistiques : le programme d'appui administré par l'Université d'Ottawa », *La Presse*. En ligne : <http://www.lapresse.ca/actualites/national/200909/09/01->

[899888-droits-linguistiques-le-programme-dappui-administre-par-luniversite-dottawa.php](http://www.899888-droits-linguistiques-le-programme-dappui-administre-par-luniversite-dottawa.php)
(consulté le 16 août 2015).

10 mai 2009 : « L’affichage bilingue pique l’intérêt », *Le Droit*. En ligne :
<http://www.lapresse.ca/le-droit/actualites/ville-dottawa/200905/10/01-855229-laffichage-bilingue-pique-linteret.php> (consulté le 30 avril 2014).

17 décembre 2007 : « Des alliés pour les francophones », *Radio-Canada*. En ligne :
<http://ici.radio-canada.ca/nouvelles/National/2007/12/17/005-coalition-contestation-judicia.shtml> (consulté le 16 août 2015).

25 novembre 2007 : « Former Supreme Court chief justice Antonio Lamer dies », *CBC News*. En ligne :
<http://web.archive.org/web/20071127015630/http://www.cbc.ca/canada/story/2007/11/25/lamer-obit.html> (consulté le 26 juillet 2015).

30 octobre 2006 : « Élimination du Programme de contestation judiciaire : la FCFA prend les grands moyens », *Franco-Presse*. En ligne :
http://www.francopresse.ca/index.cfm?Sequence_No=34241&Id=34241&Repertoire_No=1151936421&Voir=document_view§eur=300 (consulté le 16 août 2015).

22 janvier 2015 : « Un citoyen conteste les services unilingues de certaines municipalités du N.-B. » *Radio-Canada*. En ligne : <http://ici.radio-canada.ca/regions/atlantique/2015/01/22/014-mario-charlebois-services-unilingues-municipalites-nouveau-brunswick.shtml> (consulté le 16 août 2015).