

L'INTERPRÉTATION DES DROITS LINGUISTIQUES CONSTITUTIONNELS PAR LA COUR SUPRÊME DU CANADA

*M^e Pierre Foucher**

I. INTRODUCTION

Le premier mai 1986, la Cour suprême du Canada rendait trois arrêts importants en matière de droits linguistiques. Dans l'affaire *Bilodeau c. P.G. Manitoba*¹, elle maintient l'obligation constitutionnelle du législateur manitobain de traduire et de réadopter ses lois en français et en anglais, confirmant ainsi sa décision de l'année précédente². Dans l'affaire *MacDonald c. Ville de Montréal*³, elle statue que l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne confère pas au destinataire d'une procédure judiciaire le droit d'en exiger la rédaction dans sa langue. Enfin, dans l'affaire *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*⁴, elle conclut que l'article 19 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne donne pas au justiciable qui s'adresse à la Cour dans sa langue, le droit d'être compris par le juge directement dans cette langue. Outre les conclusions relatives au contenu de ces droits, la Cour fait une série de commentaires sur la méthode d'analyse et la nature politique des droits linguistiques, sur la portée de la notion d'égalité linguistique reconnue à l'article 16 de la *Charte* et sur le rôle des tribunaux dans l'application de la *Charte*.

Partant de ces décisions, nous nous proposons dans cet article de tracer l'évolution récente de la pensée de la Cour en matière de droits linguistiques, d'étudier le fondement de ces décisions et de dégager comment les tribunaux canadiens, qui sanctionnent très facilement l'inobservance d'un droit civil et politique classique, entendent sanctionner l'inertie des gouvernements en ce qui a trait au respect des droits de nature sociale. Nous porterons une attention particulière à la décision dans l'affaire de la *S.A.N.B.*, car bien qu'il soit assez facile de comprendre que les garanties linguistiques de 1867 reçoivent aujourd'hui une inter-

* École de droit, Université de Moncton.

¹ (1986), [1986] 1 R.C.S. 449, 67 N.R. 108.

² *Renvoi relatif aux Droits linguistiques au Manitoba* (1984), [1985] 1 R.C.S. 721, [1985] 4 W.W.R. 385 [ci-après *Renvoi manitobain*].

³ (1986), [1986] 1 R.C.S. 460, 67 N.R. 1 [ci-après *MacDonald*].

⁴ (1986), [1986] 1 R.C.S. 549, 66 N.R. 173 [ci-après *S.A.N.B.*].

prétation plus restrictive en raison du contexte particulier de l'époque où elles ont été adoptées, de l'absence de précédents canadiens ou internationaux concernant les droits linguistiques constitutionnels en 1867 et de la croyance de la majorité des juristes de l'époque que la protection des droits devait s'effectuer par le biais de la démocratie plutôt que des chartes, il est beaucoup moins facile de saisir pourquoi les mêmes considérations prévalent dans l'interprétation des droits linguistiques garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵.

Notre étude comporte quatre volets: une synthèse des décisions de la Cour suprême en matière de droits linguistiques entre 1975 et 1986, un résumé des motifs de la majorité et de la minorité dans les affaires *MacDonald* et *S.A.N.B.*, une analyse critique des motifs invoqués à l'appui de l'attitude prudente de la Cour et une appréciation des conséquences de cette attitude sur le développement des minorités linguistiques au Canada.

II. LES PRINCIPAUX ARRÊTS DE LA COUR SUPRÊME PORTANT SUR LES DROITS LINGUISTIQUES CONSTITUTIONNELS

On peut regrouper ces arrêts en deux catégories: les arrêts qui ont trait au bilinguisme législatif garanti par l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'unique arrêt portant sur les droits scolaires garantis par l'article 23 de la *Charte*.

A. Les arrêts sur le bilinguisme législatif

La Cour suprême a cherché à donner un contenu et une portée aux dispositions de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À ce chapitre, ayant à quatre reprises été saisie d'un litige sur ce point, une évolution s'est faite dans son raisonnement.

La Cour suprême a débuté son analyse de l'article 133 dans l'arrêt *Jones c. P.G. Nouveau-Brunswick*⁶. Elle devait alors déterminer si la *Loi sur les langues officielles*⁷ du Canada outrepassait la compétence législative du Parlement en matière linguistique. Dans cette affaire, le demandeur plaidait que l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* représentait la seule mesure des compétences linguistiques du Parlement. Il ressort de cette cause que l'article 133 représente un minimum que le Parlement est libre d'étendre. Le juge en chef Laskin y pose les fondements de l'interprétation restrictive de l'article 133 en ces termes:

Les mots mêmes de l'art. 133 indiquent qu'il n'est l'expression que d'une préoccupation limitée en matière de droits linguistiques; . . . Rien ne permet

⁵ Les dispositions constitutionnelles pertinentes à notre propos sont reproduites en annexe.

⁶ (1974), [1975] 2 R.C.S. 182, 45 D.L.R. (3d) 583 [ci-après *Jones*].

⁷ S.R.C. 1970, c. 0-2.

d'interpréter cette disposition, dont la portée est limitée ainsi 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. *Textuellement*, l'art. 133 prévoit une protection spéciale de l'usage de l'anglais et du français; il n'y a, dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, aucune autre disposition se rapportant au Parlement du Canada (le par. (1) de l'art. 91 mis à part) qui traite de la langue comme matière législative ou autre chose. 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.⁸

Ce passage, pris hors contexte, a incité certains à conclure que la Cour suprême n'interprétait pas les droits linguistiques d'une façon générale ou évolutive. Or, le contexte est ici très important: la loi fédérale attaquée avait pour objet d'étendre les obligations en matière linguistique à d'autres secteurs que ceux visés par l'article 133. C'est en ce sens que le juge en chef Laskin parle de "préoccupation limitée". A-t-il vraiment voulu dire que dans les secteurs qui font l'objet de cette "préoccupation limitée" il est impossible de faire évoluer ces droits? Une réponse négative découle des arrêts subséquents.

Dans le premier arrêt *Blaikie*, la Cour suprême devait trancher 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. Cette question faisait suite à l'adoption par l'Assemblée nationale de la Loi 101, qui comportait un chapitre établissant l'unilinguisme officiel des lois et des tribunaux du Québec⁹. La Cour conclut que l'article 133 est "intangible" et qu'il ne peut être modifié que par une demande à Londres. Elle ajoute toutefois un commentaire très intéressant sur la portée de l'article 133:

Même si tel n'était pas l'avis de la législature du Québec lors de l'adoption des art. 11, 12 et 13 précités, [Il s'agit de dispositions de la Loi 101] *il faut donner un sens large à l'expression "les tribunaux de Québec" employée à l'art. 133* et considérer qu'elle se rapporte non seulement aux cours visées par l'art. 96 mais également aux cours créées par la province et où la justice est administrée par des juges nommés par elle. . . . Lorsqu'il faut, comme en l'espèce, statuer sur une garantie constitutionnelle, *ce serait être trop formaliste que de 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. . . .

⁸ *Supra*, note 6 aux pp. 193, 45 D.L.R. (3d) à la p. 22. (Les italiques sont de nous.)

⁹ *Charte de la langue française du Québec*, L.R.Q. 1977, c. C-11, arts 7 à 13.

Bien qu'il y ait clairement des distinctions à faire entre ces deux arrêts et la question de la portée de l'art. 133 à l'égard des tribunaux du Québec, *ils appuient notre conception de la bonne façon d'aborder une disposition intangible*, savoir, la rendre applicable à l'ensemble des institutions qui exercent un pouvoir judiciaire, qu'elles soient appelées tribunaux, cours ou organismes ayant pouvoir de rendre la justice. À notre avis, la garantie et les exigences de l'art. 133 s'appliquent dans les deux cas.¹⁰

Ainsi la rigidité de l'article 133 semble motiver la Cour à étendre la portée des droits y garantis. En l'espèce elle n'avait cependant pas à analyser leur contenu.

Deux ans plus tard, la Cour suprême va encore de l'avant dans le sens de l'élargissement des droits linguistiques constitutionnels et de l'approfondissement de son rôle à cet égard. Invitée par le Québec à clarifier son jugement dans l'affaire *Blaikie* et à déterminer si l'obligation constitutionnelle d'adopter les lois dans les deux langues officielles s'appliquait aux règlements, la Cour conclut:

On doit considérer les pouvoirs législatifs ainsi délégués par la Législature à un organisme constitutionnel qui en fait partie comme une extension de son propre pouvoir législatif et, par conséquent, *les mesures législatives décrétées en vertu de cette délégation comme des actes de la Législature au sens de l'art. 133 de l'A.A.N.B.*¹¹

Elle réitère ensuite l'analyse évolutive, déjà introduite dans le premier arrêt et déclare:

Comme l'a dit cette Cour à la p. 1027 de ses motifs, 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.¹²

Selon 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. Toujours dans l'optique d'une interprétation évolutive et sans formalisme de la disposition, la Cour statue que cette exigence s'étend également aux règles de pratique des tribunaux administratifs.¹³

La Cour émet toutefois une réserve quant à l'extension du sens ordinaire des termes de l'article 133 au nom de l'interprétation évolutive. En effet, elle statue que l'article 133 ne s'applique pas aux règlements des organismes décentralisés et déclare qu'il ne faut pas étendre le sens

¹⁰ *P.G. Québec c. Blaikie* (1979), [1979] 2 R.C.S. 1016 aux pp. 1028-30, 101 D.L.R. (3d) 394 aux pp. 402-03. (Les italiques sont de nous.)

¹¹ *P.G. Québec c. Blaikie* (1981), [1981] 1 R.C.S. 312 à la p. 320, 123 D.L.R. (3d) 15 à la p. 22. (Les italiques sont de nous.)

¹² *Ibid.* à la p. 321, 123 D.L.R. (3d) à la p. 22.

¹³ *Ibid.* à la p. 333, 123 D.L.R. (3d) à la p. 32.

ordinaire des mots plus que ne l'exige l'application efficace de la garantie.¹⁴

Cette attitude judiciaire atteint son point culminant dans le renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba. Les faits donnant lieu au renvoi sont assez simples. Dans l'affaire *Forest c. P.G. Manitoba*,¹⁵ la Cour suprême a statué que l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, qui reproduit l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, est intangible et que le Manitoba ne peut décréter l'unilinguisme de ses lois. Or, en 1890, cette province avait promulgué une loi établissant que l'anglais est la langue officielle du Manitoba et que les lois doivent être adoptées en anglais seulement. Depuis lors toutes les lois manitobaines étaient adoptées en anglais. La décision de la Cour soulevait donc l'épineuse question de la validité de ces lois. La Cour était placée devant un véritable dilemme, car déclarer les lois valides équivalait à dire qu'on peut violer impunément des obligations constitutionnelles sans encourir de sanctions judiciaires, tandis que les déclarer nulles, c'était dire que le Manitoba n'existait tout simplement plus au plan juridique.

Compte tenu de ce dilemme, la Cour suprême conclut que les lois sont inconstitutionnelles, tout en maintenant temporairement leur validité en vertu du principe de la primauté du droit. Elle insiste fortement sur la nécessité de donner aux exigences constitutionnelles un caractère impératif et elle situe l'importance des droits linguistiques dans leur perspective sociale:

L'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* enchâsse une exigence impérative d'adopter, d'imprimer et de publier dans les deux langues officielles toutes les lois de la Législature (voir l'arrêt *Blaikie* n° 1, précité). Il impose à la Législature du Manitoba une obligation constitutionnelle quant aux modalités et à la forme de l'adoption de ses lois. *Cette obligation a pour effet de protéger les droits fondamentaux de tous les Manitobains à l'égalité de l'accès à la loi dans l'une ou l'autre des langues française ou anglaise.*

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.¹⁶

Ainsi considérés, les droits linguistiques constitutionnels vont au-delà des "préoccupations limitées" de l'arrêt *Jones* et se situent dans le

¹⁴ *Ibid.* à la p. 328, 123 D.L.R. (3d) à la p. 28.

¹⁵ *P.G. Manitoba c. Forest* (1979), [1979] 1 R.C.S. 1032, 101 D.L.R. (3d) 385.

¹⁶ *Renvoi manitobain*, *supra*, note 2 à la p. 744, [1985] 4 W.W.R. à la p. 404. (Les italiques sont de nous.)

contexte de la communication sociale, du développement de la personne par le biais de ses liens avec la collectivité (une reconnaissance implicite de la nature collective des droits linguistiques) et de l'égalité d'accès aux services dans l'une ou l'autre des langues officielles. Le *Renvoi manitobain* est reconnu comme un arrêt clé dans le développement des droits linguistiques au Canada. Suite à cette décision, il semblait loisible de croire que la nature spéciale des droits linguistiques, que reconnaissait cet arrêt, serait la tangente que suivrait dorénavant la Cour en la matière.¹⁷

B. *Jurisprudence relative à l'article 23 de la Charte*

La première décision de la Cour suprême quant aux nouveaux droits linguistiques garantis par la *Loi constitutionnelle de 1982* a trait aux droits à l'instruction dans la langue de la minorité, prévus à l'article 23. Reconnaisant le caractère spécial des droits linguistiques, la Cour maintient une attitude ouverte à leur égard.

En l'espèce, le litige portait uniquement sur le pouvoir du législateur de restreindre l'accès à l'instruction dans la langue de la minorité en utilisant des critères d'accès autres que ceux énumérés à l'article 23,¹⁸ mais l'arrêt nous donne cependant quelques indices de l'attitude générale de la Cour en ce qui a trait à l'interprétation de l'article.

La Cour constate d'abord une différence de nature entre l'article 23 et d'autres droits fondamentaux:

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. 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.¹⁹

Elle insiste sur trois points importants: l'article 23 est une mesure de redressement d'ordre général, applicable partout au Canada. Son but ultime est de rétablir l'égalité entre les communautés linguistiques au plan scolaire.

¹⁷ Voir M. Bastarache, *Commentaire sur la décision de la Cour suprême du Canada dans le renvoi au sujet des droits linguistiques au Manitoba*, jugement rendu le 13 juin 1985 (1985) 31 R.D. McGill 93.

¹⁸ Voir, en particulier, l'article 73 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q. 1977, c. C-11, limitait l'accès aux écoles anglaises du Québec aux enfants de personnes ayant fait leurs études primaires en anglais au Québec. L'alinéa 23(1)(b) de la *Charte* garantit un tel droit aux enfants de parents ayant fait leurs études primaires en anglais au Canada. Le débat est connu sous le vocable "clause-Québec" vs. "clause-Canada".

¹⁹ *P.G. Québec c. Québec Ass'n of Protestant School Bds.* (1984), [1984] 2 R.C.S. 66 à la p. 79, 10 D.L.R. (4th) 321 à la p. 331.

Le caractère réparateur de l'article 23 est évident. Le Conseil privé avait stipulé que l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui garantissait les droits des minorités religieuses, excluait la protection des droits linguistiques²⁰ et la Cour suprême avait implicitement accepté cette jurisprudence.²¹ La formule constitutionnelle de 1867 était insatisfaisante et ne protégeait pas les droits scolaires des minorités linguistiques. L'histoire subséquente du développement des systèmes scolaires au Canada démontre, d'ailleurs, que les droits traditionnels des minorités francophones du Canada à l'enseignement dans leur langue et au contrôle de leurs écoles sont devenus avec le temps de moins en moins importants, et souvent même nuls. Or celles-ci ne pouvant invoquer la protection de la constitution pour endiguer la perte de leurs droits, étaient vouées à l'assimilation qu'elles vivent aujourd'hui.²² L'article 23 a précisément pour objet de combler cette lacune au compromis de 1867 et de garantir aux minorités linguistiques des droits constitutionnels sur leurs écoles. À notre avis, voilà ce que reconnaît la Cour suprême lorsqu'elle écrit, quelques mois après la Cour d'appel de l'Ontario:

Cet ensemble de dispositions, le législateur constituant ne l'a pas édicté dans l'abstrait. Quand il l'a adopté, il connaissait et il avait évidemment à l'esprit le régime juridique réservé aux minorités linguistiques anglophone et francophone relativement à la langue de l'enseignement par les diverses provinces au Canada. Il avait également à l'esprit l'histoire de ces régimes juridiques, tant l'histoire relativement ancienne . . . que l'histoire relativement récente . . . À tort ou à raison, ce n'est pas aux tribunaux qu'il appartient d'en décider, le constituant a manifestement jugé déficients 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. 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*.²³

De 1975 à 1985, on assiste donc à une reconnaissance judiciaire du caractère spécial des droits linguistiques. La Cour suprême en tient

²⁰ Voir *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.).

²¹ *P.G. Québec c. Greater Hull School Bd.* (1984), [1984] 2 R.C.S. 575, 15 D.L.R. (4th) 651.

²² Cet argument fut d'ailleurs déterminant dans *Reference Re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 47 O.R. (2d) 1, 27 M.P.L.R. 1 (C.A.).

²³ *P.G. Québec c. Quebec Ass'n of Protestant School Bds.*, *supra*, note 19 aux pp. 79-80, 10 D.L.R. (4th) aux pp. 331-32.

compte lorsqu'elle parle d'égalité linguistique (*Renvoi manitobain*) ou de réparation (affaire *Quebec Association*). Compte tenu de ces décisions, les minorités linguistiques caressaient l'espoir d'obtenir des tribunaux le soutien que leur niait le système politique. Pourtant les décisions de 1986 se sont révélées décevantes.

III. LES DÉCISIONS DE LA COUR SUPRÊME PORTANT SUR LE BILINGUISME JUDICIAIRE

Bien que la question en litige et la source juridique des droits invoqués différaient dans les affaires *MacDonald* et *S.A.N.B.*, la Cour suprême a appliqué le même raisonnement dans les deux cas et est parvenue aux mêmes conclusions. Selon nous, en statuant de la sorte la Cour a réduit considérablement la portée des articles 16 à 20 de la *Charte*.

A. *L'affaire MacDonald*

L'affaire *MacDonald* soulève le problème suivant: Est-ce que l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* donne au justiciable le droit de recevoir une procédure émanant des tribunaux dans sa langue? La Cour répond par la négative. Bien que le texte même de la disposition semble autoriser l'usage sans restriction de l'une ou l'autre langue dans les procédures judiciaires, la Cour revient à l'interprétation stricte adoptée en 1975 dans l'arrêt *Jones*. Le juge Beetz, pour la majorité, estime que le texte de l'article 133 est parfaitement clair: il donne un droit à tout intervenant qui prend effectivement la parole, qu'il soit juge, avocat, plaideur, greffier, témoin ou partie, mais n'en donne aucun à celui à qui l'on s'adresse.²⁴ Puisque le destinataire de la communication n'a pas de droit, l'article 133 n'impose aucune obligation correspondante à l'État. L'obligation de l'État à cet égard est négative: il ne doit pas faire entrave à l'exercice du droit conféré par cet article. Il ne peut donc imposer l'usage d'une langue dans la salle du tribunal.²⁵ L'analyse est ici fondée sur le caractère individuel et civil des droits linguistiques: selon cette analyse classique, le but premier d'un droit fondamental est de restreindre l'action de l'État, afin de l'empêcher de faire obstacle à l'exercice des libertés. La Cour présente donc une vision littérale des droits garantis à l'article 133. Pourquoi celle-ci a-t-elle l'année précédente si fortement insisté sur le caractère social des droits linguistiques, alors qu'elle n'en glisse pas un seul mot dans l'affaire *MacDonald*? C'est que la Cour attache beaucoup d'importance au fait que le compromis politique de 1867 visait une forme très limitée de bilinguisme. La majorité est d'avis

²⁴ *Supra*, note 3 à la p. 483, 67 N.R. à la p. 27.

²⁵ *Ibid.* à la p. 486, 67 N.R. à la p. 30.

qu'il n'appartient pas aux tribunaux de modifier ce compromis²⁶ et ce point de vue est déterminant en l'espèce.

Dans un jugement dissident remarquable, madame le juge Wilson fait le lien entre le droit conféré à l'individu par l'article 133 et la raison d'être de ce droit, qui, selon elle, ne peut être que l'accès égal à la justice. Elle constate que tout droit entraîne une obligation. Si le justiciable a le droit de choisir la langue de ses communications avec l'État, ce dernier a une obligation correspondante. L'État n'a pas de droits linguistiques, mais uniquement des compétences en la matière. Pour déterminer l'étendue des obligations de l'État, elle présente une analyse fondée d'abord sur l'objet de la garantie:

Je pars de la prémisse que la langue est essentiellement affaire de communication et que la notion de 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.²⁷

Madame le juge Wilson réitère clairement ce qui, à notre avis, était la position de l'ensemble de la Cour dans le *Renvoi manitobain*:

Une interprétation littérale de l'article n'exigerait pas des tribunaux québécois qu'ils communiquent en anglais avec un anglophone et en français avec un francophone mais, en réalité, permettrait de communiquer en français avec un justiciable anglophone et en anglais avec un justiciable francophone. Cela est aux antipodes de l'objet visé. La garantie constitutionnelle n'a pas pour objet d'assurer que l'anglais et le français seront les seules langues utilisées devant les tribunaux de la province et de rendre impossible, du point de vue constitutionnel, qu'il en soit de même d'une troisième langue; elle semble plutôt avoir pour objet de *mettre les deux langues sur un pied d'égalité* (voir *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, précité, à la p. 195) et de *protéger chacun des deux groupes linguistiques fondateurs de l'empêchement et finalement de la domination de l'autre*: pour

²⁶ Commentant sur cet aspect de la question, le juge Beetz écrit:

Ce système incomplet mais précis 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. Le système est couché dans des termes susceptibles de comporter des implications nécessaires, comme cela a été établi dans les arrêts *Blaikie n° 1* et *Blaikie n° 2*, quant à certaines formes de législation déléguée. 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 l'arrêt *Jones*. Et c'est un système qui, bien entendu, peut être changé par voie de modification constitutionnelle. Mais il n'appartient pas aux tribunaux, sous le couvert de l'interprétation, d'améliorer ce compromis constitutionnel historique, d'y rajouter ou de le modifier.

Ibid. à la p. 496, 67 N.R. à la p. 43.

²⁷ *Ibid.* à la p. 524, 67 N.R. à la p. 77.

un point de vue contraire, voir le juge en chef Bayda dans l'arrêt *Mercurie v. Attorney General of Saskatchewan*, [1986] 2 W.W.R. 1.²⁸

Quant à l'affaire *Blaikie* (n° 1), elle ne fait pas obstacle à la conclusion de madame le juge Wilson:

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.²⁹

La Cour, à la majorité, indique que ce n'est pas son rôle d'innover quant au contenu des droits linguistiques. Elle veut bien en étendre la portée, mais demeure conservatrice quant à la formulation du contenu des obligations qui en découlent. Pour sa part, madame le juge Wilson centre toute son analyse sur l'objet véritable d'une disposition linguistique, ce qui est conforme non seulement à la tendance jurisprudentielle, mais également à la nature même de ce type de disposition.

B. *L'affaire S.A.N.B.*

Dans l'affaire de la *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick*, la Cour suprême est saisie du problème suivant: une partie qui s'adresse à la Cour dans sa langue a-t-elle le droit d'être comprise directement par le juge dans cette langue? La majorité répond à cette question par la négative, pour des motifs semblables à ceux de l'arrêt *MacDonald*. Ce qui est inquiétant en l'espèce, c'est que la source juridique des droits invoqués ne relève pas de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais plutôt du paragraphe 19(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Or, le juge Beetz ne voit aucune différence de fond entre le compromis de 1867 et celui de 1982, pas plus d'ailleurs qu'entre l'article 133 et le paragraphe 19(2) de la *Charte*. Selon lui, la similitude de langage implique la similitude de contenu.³⁰ Il décrit le système de bilinguisme garanti par la *Charte* comme suit:

Ce système [celui de l'art. 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. J'estime cependant que dans la mesure où le modèle de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle*

²⁸ *Ibid.* à la p. 538, 67 N.R. à la p. 96. (Les italiques sont de nous.)

²⁹ *Ibid.* à la p. 539, 67 N.R. à la p. 98.

³⁰ *Supra*, note 4.

de 1867 a été délibérément suivi, ce qui est le cas du par. 19(2), la même interprétation s'impose.³¹

Le juge Beetz poursuit son argumentation en signalant les différences dans l'énoncé des articles 19 et 20 de la *Charte*: dans le premier le législateur utilise le terme "employer" et dans le second, "communiquer". Le constituant a donc voulu distinguer les deux.

Le jugement aurait dû arrêter là, mais les commentaires qui suivent, même s'ils sont *obiter*, témoignent du revirement qui s'opère dans l'interprétation des droits linguistiques par la Cour. Le juge Beetz présente deux arguments supplémentaires: les droits linguistiques sont des droits politiques; leur progression doit être déterminée par les législateurs plutôt que les tribunaux. À ce sujet, il déclare:

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.³²

Quant à la progression vers l'égalité des droits linguistiques, elle revient d'abord au législateur. Le juge Beetz est d'avis que le paragraphe 16(3) de la *Charte* consacre la notion d'égalité telle que définie dans cet arrêt *Jones*. De plus, la formule de modification de la constitution prévoit une procédure souple qui permet aux provinces d'adhérer facilement aux articles 16 à 20 de la *Charte*. Pour le juge Beetz, c'est là une preuve de plus que cette progression dépend avant tout du processus politique.³³

Il ajoute que si le paragraphe 19(2) prévoyait effectivement le droit d'être compris par le tribunal directement dans la langue choisie par le justiciable, il imposerait implicitement l'exigence constitutionnelle de nommer des juges bilingues, ce qui en soi nécessiterait une modification constitutionnelle.³⁴

³¹ *Ibid.* à la p. 576, 66 N.R. à la p. 185.

³² *Ibid.* à la p. 578, 66 N.R. à la p. 188.

³³ *Ibid.* à la p. 580, 66 N.R. à la p. 190.

³⁴ *Ibid.*

Le juge en chef Dickson, pour sa part, reste fidèle à l'analyse du *Renvoi manitobain*, bien qu'il constate aussi la tendance jurisprudentielle récente concernant l'interprétation judiciaire des droits linguistiques:

En résumé, la jurisprudence de cette Cour relativement à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* révèle, d'une manière générale, que la Cour est disposée à donner aux garanties constitutionnelles en matière linguistique une interprétation large, tout en admettant certaines restrictions à la portée de ces garanties lorsque le texte des dispositions l'exige.³⁵

Selon lui, les articles 16 à 22 de la *Charte* enchâssent le principe d'égalité des langues officielles au Canada et doivent être interprétés d'une façon généreuse. L'article 16, loin de faire obstacle à cette démarche, encourage les tribunaux à innover. La *Charte* prévoit également que les officiers de l'État doivent respecter les droits linguistiques du justiciable et même leur permettre d'exercer un choix quant à la langue des procédures judiciaires. L'interprétation de l'article 19 de la *Charte* doit tenir compte de l'objet et la nature des droits qu'il protège:

À quoi sert le droit de s'exprimer dans sa propre langue si ceux à qui on s'adresse ne peuvent comprendre? Malgré une formulation qui vise les particuliers, les droits linguistiques, de par leur nature même, revêtent un caractère fondamentalement et profondément social. La langue, tant parlée qu'écrite, sert à communiquer avec autrui. Dans une salle d'audience, c'est en parlant qu'on communique avec le juge ou les juges. Il est donc primordial, pour qu'il y ait une garantie efficace et cohérente des droits linguistiques devant les tribunaux, que le juge ou les juges comprennent, soit directement, soit par d'autres moyens, la langue choisie par le justiciable.³⁶

Madame le juge Wilson, elle aussi dissidente, tient des propos semblables. Pour elle, les droits linguistiques sont le fruit de notre héritage historique particulier et leur contenu socio-culturel est plus important que le simple principe d'Équité dans les procédures.³⁷

Les tribunaux doivent cependant tenir compte du principe de progression énoncé à l'article 16, lequel définit le champ de l'intervention judiciaire. Au contraire du juge Beetz qui voit dans cet article un obstacle à l'intervention des tribunaux, madame le juge Wilson est d'avis que la Cour doit se demander si les mesures législatives et administratives contestées sont adéquates et si elles répondent aux attentes de la population concernant l'égalité linguistique.³⁸

C. Conclusion

³⁵ *Ibid.* à la p. 564, 66 N.R. à la p. 200.

³⁶ *Ibid.* à la p. 566, 66 N.R. à la p. 202.

³⁷ *Ibid.* à la p. 639, 66 N.R. à la p. 277.

³⁸ *Ibid.* à la p. 620, 66 N.R. à la p. 254.

Dans l'ensemble, la Cour s'écarte manifestement de la position adoptée en 1985. Il est vrai que dans le *Renvoi manitobain*, il ne s'agissait pas de déterminer le contenu des droits garantis, mais plutôt de préciser leur valeur constitutionnelle. Dans les affaires *Blaikie* également, le contenu des droits n'était pas en litige. Dans le premier cas, le point soulevé était l'intangibilité des droits et dans le second, leur application. Ces trois décisions semblaient néanmoins indiquer à la communauté juridique une grande ouverture d'esprit de la part de la magistrature à l'égard des droits linguistiques et une volonté de tenir compte de leur objet et de leur rôle.

Lorsqu'il s'agit d'établir la primauté des droits ou leur portée au niveau des institutions visées, la Cour adopte une attitude ouverte. Pour le constitutionnaliste Henri Brun, c'est une démarche souhaitable:

La *Charte canadienne des droits et libertés* n'est pas un instrument de développement de la société canadienne. Elle est plutôt le mécanisme de défense suprême des personnes qui composent cette société. Pour le mieux-être de cette dernière, elle doit en cette qualité recevoir une *application* large mais une *interprétation* retenue. Cette situation découle du concept même de droit fondamental et du contexte institutionnel précis dans lequel la Charte canadienne est appelée à oeuvrer. . . .

L'interprétation des droits de la Charte doit en revanche faire l'objet d'une démarche prudente et éminemment sérieuse. Ce qui veut dire essentiellement, à nos yeux, une interprétation qui veut aller au fond des choses en situant les valeurs, les droits et les devoirs bien en face les uns des autres.³⁹

En matière de droits linguistiques, au moins, la Cour suprême semble de cet avis: elle leur donne une portée large, mais un contenu limité.

Quoique les juges de la Cour suprême émettent parfois des commentaires sur les "droits linguistiques" au sens large, ils veillent également, dans des énoncés plus précis, à limiter leurs observations aux articles 16 à 22 de la *Charte*. L'article 23 échappe systématiquement à leurs commentaires, sans doute parce que l'article 23 ne s'insère pas dans le cadre du "système" de bilinguisme officiel d'abord mis en place par l'article 133: il est de droit nouveau. La Cour met donc en relief son caractère réparateur et le situe dans son contexte historique.

Selon nous, il aurait dû en être de même des autres droits linguistiques garantis par la *Charte*. Nous tenterons dans la troisième partie de cerner et de répondre aux arguments de la majorité de la Cour dans les affaires *S.A.N.B.* et *MacDonald*.

³⁹ H. Brun, *La Charte canadienne des droits et libertés comme instrument de développement social*, dans C.F. Beckton et A.W. Mackay, *LES TRIBUNAUX ET LA CHARTE*, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et sur les perspectives de développement du Canada, 1986, 1 à la p. 26.

IV. LE RÔLE DES TRIBUNAUX DANS LE DÉVELOPPEMENT DES DROITS LINGUISTIQUES

Dans cette partie, nous examinerons d'abord les motifs invoqués par la Cour pour justifier son attitude prudente et nous tenterons de cerner le véritable problème, qui, selon nous, est celui du rapport entre les tribunaux et les droits sociaux au Canada.

A. *Les arguments présentés par la Cour*

Dans les arrêts *MacDonald* et *S.A.N.B.*, les conclusions de la majorité et de la minorité découlent de leur conception du rôle que doit jouer la Cour dans l'évolution des droits linguistiques au Canada.

La majorité fonde son attitude restrictive sur trois considérations étroitement liées les unes aux autres: les droits linguistiques sont le fruit d'un compromis politique; la *Charte* enchâsse un principe de progression législative vers l'égalité; les droits linguistiques occupent une place à part dans les préoccupations de la société canadienne. Or, chacun de ces arguments aurait pu mener à un résultat contraire.

1. *Le compromis politique*

La Cour insiste beaucoup sur le fait que le système de 1867 reflète un compromis politique limité. Le professeur Beaudoin constatait déjà:

Au sein même du texte constitutionnel de 1867, il n'existe pas de concept de langues officielles véritable au niveau fédéral et provincial. Il n'y a pas, à tous les niveaux, une ou deux langues déclarées officielles.

Il s'agit, en somme, d'un embryon de bilinguisme officiel, de mesures de protection pour le français et l'anglais en certains milieux.⁴⁰

C'est peut-être vrai du texte des articles 133 et 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais est-ce une bonne raison de se désintéresser de la progression de ces droits? La Cour a souvent eu l'occasion de se prononcer sur la valeur des compromis politiques découlant de la *Loi constitutionnelle de 1867*.⁴¹ L'action unilatérale d'un gouvernement invite

⁴⁰ G.-A. Beaudoin, *ESSAIS SUR LA CONSTITUTION*, Ottawa, Université d'Ottawa, 1979 à la p. 189.

⁴¹ Voir, entre autres, le *Renvoi relatif à la Résolution pour modifier la constitution* (1981), [1981] 1 R.C.S. 753, 11 Man. R. (2d) 1; le *Renvoi relatif à la Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute* (1979), [1980] 1 R.C.S. 54, 102 D.L.R. (3d) 1; le *Renvoi à la Cour d'appel du Québec concernant la Constitution du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 793; *McEvoy c. P.G. Nouveau-Brunswick* (1983), [1983] 1 R.C.S. 704, 48 N.R. 228 où malgré une entente fédérale-provinciale, la Cour a déclaré inconstitutionnel un projet de réforme des tribunaux criminels dans la province du Nouveau-Brunswick.

également une intervention à caractère politique de la part de la Cour. Le professeur Tremblay constate:

Certaines interventions que la Cour a faites plus récemment illustrent aussi cette capacité d'adaptation et cette disponibilité. À la demande du procureur général du Québec, elle a accepté de préciser quels sont les organismes dont les règlements sont soumis au bilinguisme: comme cette obligation est une véritable création jurisprudentielle, la décision de la Cour se présente comme une pièce quasi-législative assez unique dans nos annales judiciaires. Dans cette cause d'ailleurs, et dans les trois décisions de 1979 portant sur le bilinguisme institutionnel et les changements au Sénat, la Cour suprême se sert d'un large éventail d'outils, dont l'histoire, les discours politiques et même les conventions constitutionnelles, pour bloquer des modifications unilatérales à la constitution.⁴²

Même dans les causes fondées sur la *Charte*, la Cour ne dédaigne pas de traiter des aspects constitutionnels d'une décision politique. Le caractère politique de la question des essais des missiles de croisière en sol canadien n'a pas empêché la Cour de se pencher sur la validité constitutionnelle de cette décision politique.⁴³ Il en va de même de l'avortement⁴⁴ et de toute autre question susceptible de faire l'objet d'une contestation constitutionnelle.

On objectera que dans ces affaires la question est politique mais non le droit en cause ou que s'il s'agit d'un droit politique, il relève, comme l'a fait remarquer la Cour, de conventions constitutionnelles que le tribunal définit mais ne sanctionne pas. Faut-il donc créer cette distinction judiciaire entre un droit politique et un autre droit? Selon nous, les recueils jurisprudentiels regorgent de causes soulevant d'épineux problèmes politiques. En matière constitutionnelle, cela est inévitable. La question n'est pas de savoir s'il y a ou non des droits politiques en cause, mais bien de savoir dans quelle mesure la constitution est respectée et dans quelle mesure les tribunaux peuvent contraindre les autorités politiques à la respecter.

De plus, en admettant la validité de la thèse du compromis politique, son interprétation reste sujette à des variations. Une constitution est toujours le fruit d'un compromis politique qui reflète un rapport de forces à une époque donnée de l'histoire d'une nation. En ce sens, même les droits garantis par la *Charte* sont le fruit d'un compromis politique. Il est vrai que les articles 2 et 7 à 14 réfèrent à des concepts juridiques connus; mais les débats qui ont entouré leur rédaction même font état des compromis politiques qui se sont révélés nécessaires. Les articles

⁴² G. Tremblay, *La Cour suprême du Canada, dernier arbitre des conflits d'ordre politique*, dans I. Bernier et A. Lajoie, éd., *LA COUR SUPRÊME DU CANADA COMME AGENT DE CHANGEMENT POLITIQUE*, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986, 193 à la p. 201.

⁴³ *Operation Dismantle Inc. c. R.* (1985), [1985] 1 R.C.S. 441, 18 D.L.R. (4th) 481.

⁴⁴ *R. c. Morgentaler*, Cour suprême du Canada, jugement à venir.

25, 27 et 28 ont été inclus dans la *Charte* en tenant compte des préoccupations politiques. Même l'article 15, qui confirme les droits à l'égalité déjà garantis dans nos lois, a subi des modifications dictées par les compromis politiques. Doit-on interpréter tous ces articles d'une façon restrictive parce que les droits qu'ils garantissent ne sont pas aussi "féconds" que les autres?

La doctrine des droits politiques n'a aucune raison d'être lorsqu'il s'agit d'interpréter un texte constitutionnel. La distinction entre les droits politiques et les autres risque de nuire tout autant au principe de la suprématie constitutionnelle que la distinction entre les droits déclaratoires et les droits impératifs.⁴⁵ Il faut donc chercher ailleurs la raison d'être d'un traitement différencié des droits linguistiques.

Même si le fait qu'il existe un compromis politique doit avoir son importance, il n'y a pas lieu de comparer le compromis de 1867 avec celui de 1982, car les circonstances donnant lieu à ce compromis ne sont pas les mêmes. En 1867, le Canada n'avait pas adopté de loi sur les langues officielles⁴⁶, le Nouveau-Brunswick n'avait pas de loi sur l'égalité des communautés linguistiques⁴⁷, le Manitoba n'avait pas agi en violation de l'article 23 de sa loi constitutive pendant près de cent ans; on ne savait pas encore que l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne protégeait pas les droits linguistiques. Le contexte du compromis politique de 1982 est fort différent. Bien que la progression récente des droits linguistiques laissait présager que leur inclusion dans la *Charte* favoriserait leur évolution, il semble au contraire qu'on les y ait figés. On assiste à un phénomène comparable à celui des années 1960 concernant les droits fondamentaux: alors que la Cour suprême des années 1950 faisait preuve d'un activisme remarquable en l'absence de texte législatif, l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits* a freiné le développement jurisprudentiel dans le domaine.⁴⁸

À notre avis, l'inclusion des articles 16 à 22 dans la *Charte*, plutôt qu'ailleurs dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, n'est pas fortuite. Si le Parlement du Canada avait voulu créer deux régimes juridiques différents, il aurait été facile pour lui de procéder autrement. Malgré la similitude du texte des articles 17 à 19 et de l'article 133, de l'avis du juge en chef, la présence des articles 16 et 20 qui sont de droit nouveau

⁴⁵ Renvoi manitobain, *supra*, note 2 à la p. 747, [1985] 4 W.W.R. à la p. 407.

⁴⁶ *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, c. O-2.

⁴⁷ *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*, L.R.N.-B. 1973, c. O-0.1.

⁴⁸ On peut comparer l'affaire *Henry Birks & Sons (Montreal) c. City of Toronto* (1955), [1955] R.C.S. 799, [1955] 321 où la cour annule un règlement municipal sur l'ouverture des commerces le dimanche parce que contraire à la liberté religieuse qui relève de la compétence du Parlement du Canada, avec l'affaire *Robertson c. R.* (1963), [1963] R.C.S. 651, 41 C.R. 392, où la même cour stipule que les dispositions de la loi fédérale sur le dimanche ne sont pas contraires à la liberté religieuse garantie par la *Déclaration*. On pourrait multiplier les exemples en ce sens.

et 24 qui offre des recours nouveaux aurait pu inciter la Cour à insuffler une nouvelle vigueur aux droits linguistiques:

En deuxième lieu, malgré la similitude de l'art. 133 et du par. 19(2), nous avons affaire à des dispositions constitutionnelles différentes adoptées dans des contextes différents. À mon avis, l'interprétation donnée 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*.⁴⁹

2. *Le principe de progression*

La Cour suprême conclut que les paragraphes 16(3) de la *Charte* et 43(b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* démontrent clairement l'intention du constituant de replacer la responsabilité de l'évolution des droits linguistiques au Canada dans les mains du législateur. À notre avis, rien dans ces deux articles ne permet de dégager une intention aussi claire.

L'arrêt *Jones* reconnaît que l'article 133 représente les droits minimums qui relèvent accessoirement de la compétence des législateurs et qui ne peuvent être diminués. Ce principe est maintenant inscrit au paragraphe 16(3) de la *Charte*. Pourtant 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). Pourquoi le constituant aurait-il choisi d'enchâsser le principe d'égalité linguistique séparément du principe de progression vers l'égalité si ce ne peut être que pour indiquer aux tribunaux qu'ils doivent en tenir compte dans l'interprétation des articles 17 à 20? 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. Si le Parlement du Canada a jugé bon d'enchâsser le principe d'égalité linguistique dans la *Charte*, c'est qu'il reconnaissait le statut d'infériorité pratique de la langue française et voulait favoriser son développement en contrant les lenteurs législatives. Le refus des tribunaux d'interpréter ainsi les articles 17 à 20 place les minorités dans une position difficile.

L'article 16 a une vocation réparatrice tout autant que l'article 23. Le paragraphe 16(3) ne doit pas s'appliquer à l'article 16 en entier, mais doit plutôt permettre aux législateurs d'étendre les droits linguistiques à des situations non prévues dans la *Charte*. L'article 16 évoque une dimension importante qui n'était pas prévue à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et dont il faut tenir compte dans l'interprétation.

⁴⁹ *Supra*, note 4 à la p. 561, 66 N.R. à la p. 196.

En comparant les articles 16 à 20 et l'article 133, André Tremblay fait les remarques suivantes:

La continuité constitutionnelle s'observe aussi dans le contenu de certaines dispositions qui reproduisent l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou qui maintiennent en vigueur les droits, privilèges ou obligations qui existent aux termes d'une autre disposition de la Constitution du Canada.

Si la Charte ne faisait, en matières linguistiques, que perpétuer ce qui existe déjà, elle ne présenterait guère d'intérêt, mais tel n'est pas le cas puisqu'elle propose des nouveautés ou plutôt des orientations inédites à notre droit constitutionnel et aux autorités fédérales. . . . Plus particulièrement, nous observons deux grandes articulations nouvelles dans les articles 16 à 22: le principe fondamental de l'égalité linguistique et l'objectif constitutionnel de progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français.⁵⁰

En soulignant le caractère réparateur de l'article 16, l'auteur fait l'avertissement suivant qui est toujours pertinent:

En bref, l'interprétation large, libérale et dynamique du dispositif linguistique de la Constitution serait en harmonie avec l'importance exceptionnelle qu'il y occupe et remédierait aux maux que voulait sans doute écarter la nouvelle constitution. Ce que la Cour suprême a affirmé dans *P.G. du Québec c. Blaikie* [[1979] 2 R.C.S. 1016] relativement à l'article 133 qui contient des règles capables de "croissance" et d'interprétation généreuse est applicable à l'ensemble des dispositions pertinentes de la *Charte*.

Il y a ici une responsabilité historique pour les tribunaux de corriger les injustices du passé et de faire progresser des droits qui peuvent en avoir besoin.⁵¹

Le professeur Beaudoin écrit à son tour:

Il est à prévoir que les tribunaux devront procéder à une certaine forme d'activisme pour l'implantation de certains droits. La Cour suprême des États-Unis l'a fait dans le domaine de l'intégration des Noirs. Sur le plan linguistique, il se pourrait que les cours de justice au Canada s'inspirent dans une certaine mesure de cet exemple. L'expérience du dernier siècle sur le plan linguistique ne doit plus se répéter.⁵²

À ceux qui prétendent que l'on ne peut espérer une égalité de statut immédiate en raison de la lourdeur de ces obligations, nous répondons

⁵⁰ A. Tremblay, *Les droits linguistiques*, dans G.-A. Beaudoin et W.S. Tarnopolsky, éd., *CHARTRE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS*, Montréal, Wilson & Lafleur/Sorej, 1982, 559 à la p. 563.

⁵¹ A. Tremblay, *L'interprétation des dispositions constitutionnelles relatives aux droits linguistiques*, dans Institut canadien d'administration de la justice, éd., *LA CHARTRE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS: SES DÉBUTS, SES PROBLÈMES, SON AVENIR*, Cowansville, Qué., Yvon Blais, 1983, 217 à la p. 219.

⁵² G.-A. Beaudoin, *La protection constitutionnelle des minorités*, (1986) 27 C. DE D. 31 à la p. 52.

que l'article 1 reste disponible pour limiter raisonnablement le droit à l'égalité linguistique, donc pour établir un échéancier de mise en oeuvre.

Le principe de progression a été relié également à la formule de modification. La Cour suprême affirme que l'intervention judiciaire en matière de droits linguistiques ne servirait qu'à créer une certaine appréhension chez les provinces qui veulent adhérer aux articles 16 à 20 et que l'article 43 prévoit une procédure souple pour la modification constitutionnelle des droits linguistiques applicables dans une province: il suffit d'obtenir le consentement du fédéral et de la province visée. Selon nous, l'interprétation judiciaire n'a rien à voir avec la formule de modification. Les provinces ne pouvaient prévoir initialement l'étendue des obligations qu'entraînerait l'adoption des articles 6 ou 7 de la *Charte*. Ces obligations peuvent d'ailleurs varier dans l'avenir suivant l'évolution de la jurisprudence, comme ce fut le cas dans le domaine de l'interprétation des droits fondamentaux où l'évolution judiciaire a servi de ligne directrice. Le fait qu'une seule province se soit sentie prête en 1982 à conférer des droits linguistiques à ses citoyens doit-il empêcher cette évolution?

L'utilisation de l'article 43 par la Cour est l'approche que favorise la Commission royale d'enquête sur l'unité canadienne, qui recommandait d'enchâsser dans la *Charte* des droits linguistiques applicables uniquement au fédéral et de laisser aux provinces le soin de régir la mise en oeuvre de ces droits sur leur propre territoire. Suivant cette ligne de pensée, c'est seulement lorsqu'une province s'y sent prête ou lorsqu'il y a consensus entre les provinces que des droits linguistiques pourront être ajoutés à la constitution.⁵³

Nous sommes d'avis que le recours à la formule de modification pour fixer le rôle du pouvoir judiciaire est inapproprié. Il aurait été préférable de remettre cette analyse à un moment plus opportun.

Nous en arrivons à la troisième série de considérations invoquées par la Cour pour justifier son attitude: l'importance des droits linguistiques dans la vie politique et juridique du Canada.

3. *L'importance des droits linguistiques au Canada*

Nombre de commentateurs ont signalé l'importance que le constituant attache aux droits linguistiques dans la *Charte*. André Tremblay écrit:

Cette continuité s'exprime d'abord par le double enchâssement des articles à l'étude: un premier enchâssement par l'article 33 de la *Charte* et un second par l'article 41. . . . On pourrait dire que les dispositions linguistiques de la *Charte* sont vraiment fondamentales et se situent au niveau le plus élevé

⁵³ Commission royale d'enquête sur l'unité canadienne, SE RETROUVER, SOMMAIRE DES OBSERVATIONS ET DES RECOMMANDATIONS, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1979, recommandations 3 à 5.

de la hiérarchie constitutionnelle. Elles devancent même, sur ce terrain, les grandes libertés fondamentales énoncées à l'article deux de la *Charte* (. . .) qui deviennent moins "fondamentales" que les droits linguistiques.⁵⁴

Il me paraît incontestable que les tribunaux peuvent, s'ils le veulent, interpréter largement les dispositions constitutionnelles relatives aux langues; ils peuvent aussi les interpréter de façon étroite, un peu à l'image de notre histoire. . . . D'une part, ce style d'interprétation peut être désastreux au plan politique; d'autre part, il ne s'accommode pas avec la nouvelle *Charte constitutionnelle* qui élève les droits linguistiques prévus aux articles 16 à 23 au niveau de valeur fondamentale. . . . Les dispositions linguistiques de la *Charte* sont au sommet de la pyramide constitutionnelle; elles reçoivent même plus de protection que les droits et libertés fondamentaux prévus à l'article 2 de la *Charte*.

L'importance donnée aux droits linguistiques dans la *Charte* doit être prise en considération lors de leur interprétation. Les juges ne sauraient selon moi décevoir les attentes des hommes politiques qui ont fait des droits linguistiques un des éléments essentiels de la réforme constitutionnelle.⁵⁵

Or ce double enchâssement semble avoir un effet psychologique contraire. En effet, le législateur est dépourvu de recours s'il veut redresser les effets d'un jugement qu'il estime défavorable à ses intérêts. Il ne peut déroger aux droits linguistiques en invoquant l'article 33 et la modification constitutionnelle est une voie longue et hasardeuse. Dans ces circonstances, la Cour se sent sans doute moins disposée à innover, au nom du respect de la suprématie parlementaire.

Il est curieux de constater que l'importance politique d'une question puisse servir d'argument à l'encontre d'une intervention judiciaire dynamique. À notre avis, l'importance des droits inscrits dans la *Charte* commande une attitude beaucoup plus audacieuse de la part de la Cour si elle veut justement refléter cette importance.

L'importance des droits linguistiques dans l'histoire du Canada est aussi soulignée par la Cour. Le juge Beetz revient au compromis politique particulier au Canada et distingue les droits linguistiques et des autres droits fondamentaux:

Aussi, bien qu'ils jouissent d'une garantie constitutionnelle, les droits linguistiques comme ceux que protège l'art. 133 demeurent particuliers au Canada. Ils sont fondés sur un compromis politique plutôt que sur un principe et n'ont pas l'universalité, le caractère général et la fluidité des droits fondamentaux qui découlent des règles de la justice naturelle. Ils sont définis de manière plus précise et moins souple. Les lier, c'est risquer de les dénaturer tous les deux, plutôt que de les renforcer l'un et l'autre.⁵⁶

Madame le juge Wilson tire du caractère spécial des droits linguistiques au Canada une conclusion tout à fait opposée. Selon elle,

⁵⁴ *Supra*, note 50 à la p. 563.

⁵⁵ *Supra*, note 51 à la p. 218.

⁵⁶ *Supra*, note 3 à la p. 500, 67 N.R. à la p. 48.

l'histoire de la question linguistique au Canada met en relief la dimension sociale de ces droits et il faut en tenir compte au moment de leur interprétation.⁵⁷

L'autre aspect historique qui retient longuement l'attention de la Cour est celui des précédents législatifs. La majorité de la Cour considère que les articles 17 à 20 sont formulés d'une façon délibérément restreinte et que si le constituant avait voulu créer des obligations plus contraignantes, il aurait pu s'inspirer des nombreux modèles de législation préconfédérative sur les droits linguistiques. Madame le juge Wilson tire, pour sa part, une conclusion contraire de son survol historique de la législation préconfédérative.⁵⁸ L'historique de la législation antérieure à l'article 133 ne semble donc pas très concluant, puisque deux juges en tirent des conclusions diamétralement opposées. Nous partageons l'avis du professeur Tremblay que l'importance accordée par le constituant à la question des droits linguistiques témoigne de sa volonté de voir les tribunaux jouer un rôle plus dynamique dans le processus de progression vers l'égalité des langues et non l'inverse.

B. *L'interventionnisme judiciaire et les droits sociaux*

Les droits linguistiques ont un caractère social et collectif indéniable. Comme les précédents en la matière sont fort rares, la Cour suprême du Canada n'est pas habituée à les définir. Seuls les articles 133 et 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* garantissent des droits de cette nature et ils ont reçu une interprétation littérale. Par contre, les règles de *common law* relatives au droit administratif, au droit pénal ou au droit de la famille ont permis à la Cour de se familiariser avec les droits civils individuels.

1. *La nature sociale des droits linguistiques*

Un droit est dit civil et politique lorsqu'il entraîne pour l'État une obligation de ne pas faire. Un tel droit est bien défini. Il peut être revendiqué immédiatement devant les tribunaux, qui ordonneront au contrevenant de cesser d'entraver l'exercice et la libre jouissance de ce droit. Historiquement, les droits civils et politiques, issus des révolutions des 17^e et 18^e siècles, ont été les premiers à recevoir une consécration dans un texte solennel. Ils comprennent les grandes libertés fondamentales et des droits juridiques. Dans la *Charte canadienne*, on les retrouve aux articles 2 et 7 à 13, mais la *common law* reconnaissait déjà leur existence.⁵⁹

Un droit économique et social ne peut être mis en oeuvre sans une intervention de l'État. Il vise un secteur d'activité où l'affectation de deniers publics et l'action législative et administrative sont nécessaires

⁵⁷ *Supra*, note 37.

⁵⁸ *Ibid.* à la p. 537, 67 N.R. à la p. 95.

⁵⁹ Les libertés de religion et d'expression ont été reconnues par certains juges de la Cour suprême dans les années 1950.

pour arriver à un résultat. Le droit au travail, le droit à la santé, le droit à l'éducation en sont les exemples les plus souvent cités. Inspirés des régimes socialistes, ces droits sont dits de "seconde génération"; leur reconnaissance formelle dans des textes est plus récente.

Ainsi, ce n'est qu'en 1982 que la constitution reconnaît, à l'article 36, le principe du droit à des services publics comparables pour un niveau de taxation comparable; à l'article 25, les droits ancestraux des peuples autochtones; et à l'article 23, les droits scolaires des minorités francophones hors Québec et des minorités anglophones du Québec. Au plan législatif, on peut signaler un précédent intéressant: la *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*⁶⁰. Bien que cette loi n'ait aucune force exécutoire, elle représente une première reconnaissance d'un droit collectif.⁶¹

La mise en oeuvre de ces droits est difficile, car les tribunaux refusent en règle générale de sanctionner le refus d'agir des législatures:

En admettant, par exemple, que les articles 15(1) et 27 donnent à certaines minorités culturelles canadiennes le droit d'envoyer leurs enfants dans une école publique biculturelle ou bilingue et qu'une province prétende que le coût financier d'un tel système scolaire est prohibitif pour le trésor public, les tribunaux pourraient difficilement réfuter cet argument et, en admettant qu'ils le fassent, il leur serait encore plus difficile d'ordonner au ministre concerné d'inscrire au budget de son ministère les sommes nécessaires.⁶²

Il s'agit là, bien sûr, d'une difficulté qui surgit lors de la mise en oeuvre de n'importe quel "droit-créance": comment forcer l'État ou l'administration à exécuter la dépense nécessaire pour fournir une certaine prestation au(x) titulaire(s) du droit en cause?⁶³

De quelle nature est le droit linguistique? Est-ce un droit civil ou un droit social? Dans l'affaire de la *S.A.N.B.*, la Cour suprême ne fait pas ce genre de distinction; il faut donc s'en remettre à la doctrine. Dans l'ensemble, les ouvrages qualifient ces droits de collectifs et sociaux.⁶⁴

⁶⁰ L.R.N.-B. 1973, c. O-0.1.

⁶¹ Voir M. Bastarache, *La valeur juridique du projet de loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick* (1981) 14 REV. U. MONCTON 15.

⁶² J. Woehrling, *La constitution canadienne et la protection des minorités ethniques* (1986) 27 C. DE D. 171 à la p. 183.

⁶³ *Ibid.*, note 29 à la p. 183.

⁶⁴ Voir, entre autres, D. Proulx, *La précarité des droits linguistiques scolaires ou les singulières difficultés de mise en oeuvre de l'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés* (1983) 14 R.G.D. 355; D. Proulx, *La portée de la Charte canadienne des droits et libertés en matière de droits sociaux et collectifs: le cas de l'article 23* (1983) 18 C. DE L'ACFAS 54; W.S. Tarnopolsky, *Les droits à l'égalité*, dans G.-A. Beaudoin et W. Tarnopolsky, éd., *CHARTRE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS*, Montréal, Wilson & Lafleur Inc., 1982 à la p. 497.

Les auteurs ne manquent pas de souligner la faiblesse du droit canadien en ce qui a trait à la sanction des manquements à ces droits:

Dans le domaine de l'éducation, le droit à l'instruction dans la langue de la minorité, garanti par l'article 23 de la Charte, pourrait obliger les commissions scolaires à faire des dépenses supplémentaires pour engager des enseignants et bâtir des écoles là où le nombre des enfants en cause justifie de telles mesures. De plus, les dispositions relatives aux langues officielles des articles 16 à 22 de la Charte pourraient également pousser les tribunaux à prescrire aux législateurs comment dépenser les fonds publics. . . .

On pourrait multiplier indéfiniment les exemples mais l'idée est simple: les garanties prévues par la Charte ont un prix. C'est pourquoi les conséquences économiques constituent un des facteurs dont les tribunaux devront tenir compte lorsqu'ils fixeront les limites raisonnables des droits. Cela pose clairement la question de savoir si nos juges sont en mesure d'établir un équilibre entre les garanties juridiques et les coûts sociaux et économiques.⁶⁵

Plusieurs constitutionnalistes questionnent avec justesse la capacité qu'a la Cour suprême de rendre des jugements plus dynamiques dans le domaine des droits fondamentaux, c'est-à-dire des jugements qui incitent les parties en cause à prendre action. MM. Hovius et Martin affirment:

Nous pensons que la modération est un principe trop profondément ancré dans le processus intellectuel des avocats et des juges canadiens pour être abruptement transformée par l'adoption de la Charte. À l'inverse, l'activisme comme méthode de décision ou comme style de jugement ne convient pas bien aux juges canadiens.⁶⁶

Et le politologue Peter Russell réplique:

Cependant, le transfert de l'élaboration des principes directeurs de l'arène législative à l'arène judiciaire a également un côté négatif. Il traduit une fuite de plus devant le processus politique, une désillusion toujours plus profonde face au gouvernement par représentation et par négociation comme moyens de résoudre les problèmes fondamentaux de la justice politique. La tentative de régler les différends de notre société relatifs à des questions telles que l'obscénité, la fermeture des magasins le dimanche, l'avortement, les droits des personnes âgées et des handicapés par des décisions judiciaires entraîne le danger, quelle que soit la façon dont les tribunaux résolvent [*sic*] les problèmes, de transformer ces questions en points techniques et de faire dépendre les réponses d'une bataille juridique entre adversaires

⁶⁵ R.W. Bauman et A.W. MacKay, *La Cour suprême du Canada: Perspectives de réforme pour une institution nationale en devenir*, dans C.F. Beckton et A.W. MacKay, *LES TRIBUNAUX ET LA CHARTE*, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986, 41 aux pp. 53-54.

⁶⁶ B. Hovius et R. Martin, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms in the Supreme Court of Canada* (1983) 61 R. DU B. CAN. 354 à la p. 364; traduit et cité dans *supra*, note 65 à la p. 51.

plutôt que d'un processus politique plus susceptible de provoquer un consensus social.⁶⁷

Les tribunaux ont déclaré l'inconstitutionnalité de certaines lois ou mesures qui violaient les droits linguistiques et ils auront encore à le faire. Mais quelle sera leur réaction lorsque viendra l'heure de décerner des injonctions?

L'analyse des articles 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et 19 de la *Charte* démontrent la propension de nos juges à préserver les droits individuels et à ne pas s'immiscer dans la mise en oeuvre des droits sociaux. Selon des observateurs, la Cour suprême se pose ainsi en gardienne de la stabilité de notre régime étatique traditionnel:

Que la Cour suprême ait fait oeuvre de continuité n'a rien d'incompatible à nos yeux avec sa capacité de faire évoluer le droit et celle de s'adapter aux réalités sociales et politiques. L'élément de continuité, voire de conservatisme que nous avons tenté de faire ressortir porte sur la conception fondamentale du régime politique, celui qui opère une combinaison inédite du système américain et du système britannique, qui veut maintenir un fédéralisme authentique (trop ou pas assez centralisé selon les goûts) tout en laissant aux deux ordres de gouvernement une suprématie décisionnelle dans leurs domaines de compétence (au risque que les droits et libertés en subissent les contrecoups).⁶⁸

Sans usurper les responsabilités des législateurs, les tribunaux peuvent jouer un rôle plus dynamique que celui de simples censeurs. La reconnaissance de la nature sociale des droits linguistiques leur permettrait d'en définir le contenu avec plus de vigueur. Ils pourraient baliser la piste, indiquer la direction à suivre et adopter une attitude semblable à celle qui les anime dans l'étude des conventions de la constitution, qui sont pourtant des questions politiques.⁶⁹ 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. Ainsi, en décidant qu'une personne a le droit d'être compris par la Cour dans sa langue, le tribunal forcerait le législateur et le gouvernement à réagir, sans pourtant lui en imposer les moyens. Bien que la Cour semble craindre de dicter au législateur le rythme de la progression vers l'égalité linguistique, elle pourrait en interprétant les droits linguistiques d'une façon plus généreuse donner une impulsion au mouvement. Et d'ailleurs, ne s'est-elle pas conféré la juridiction de sanctionner de son autorité le rythme de traduction des lois manitobaines?⁷⁰

⁶⁷ P.H. Russell, *The Effect of a Charter of Rights on the Policy-Making Role of Canadian Courts* (1982) 25 AD. PUB. CAN. 1; traduit et cité dans *supra*, note 65 à la p. 52.

⁶⁸ *Supra*, note 42 à la p. 200.

⁶⁹ *Renvoi relatif à la Résolution pour modifier la constitution, supra*, note 41.

⁷⁰ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, ordonnance de la Cour, [1985] 2 R.C.S. 347.

Outre l'absence de précédents canadiens, les réticences de la Cour s'expliquent aussi par le texte même de nos droits linguistiques, qui ne fait pas ressortir clairement leur vraie nature. En effet, l'accent est toujours placé sur les droits de l'individu et sur ses choix personnels. L'article 16 de la *Charte* place l'égalité des langues devant l'égalité des communautés linguistiques, ce qui maintient l'ambiguïté.

2. L'égalité linguistique

Dans l'affaire *MacDonald*, le juge Beetz s'étend longuement sur la distinction à faire entre le droit de comprendre les procédures, découlant du droit général de *common law* à un procès équitable, et le droit linguistique invoqué. Il est d'avis que la *common law* protège la personne qui ne comprend pas la preuve présentée contre elle, quelle que soit la raison de cette incompréhension: surdité, unilinguisme ou même connaissance d'une langue autre que le français ou l'anglais. À ce chapitre il fait des remarques révélatrices:

Cela ne revient pas à placer les langues française et anglaise sur un pied d'égalité avec d'autres langues. 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.⁷¹

La force de cette remarque est quelque peu atténuée par l'interprétation restrictive de la nature de ce statut privilégié en ce qui a trait aux tribunaux et par l'article 21 de la *Charte* qui précise que les droits conférés par les articles 16 à 20 ne portent pas atteinte aux droits ou privilèges conférés par la loi ou reconnus par l'usage à toute autre langue.

Le juge Beetz ajoute que sans l'article 133 (ou ses équivalents dans la *Charte*), le législateur pourrait favoriser une langue plutôt que d'autres, comme par exemple prescrire l'unilinguisme français ou anglais. Selon lui, l'article 133 semble prohiber de telles dispositions. Que ferait la Cour d'une mesure contraire à l'article 133 (ou à l'article 19), mais favorable à la minorité? Par exemple, quel est le statut juridique de l'article 462.1 du *Code criminel*, qui donne à l'accusé qui en fait la demande le droit de subir son procès devant un juge comprenant sa langue? Cet article avantage nettement les francophones des provinces anglophones. Est-ce une mesure découlant du "principe de progression" ou une mesure qui "impose la préséance d'une langue sur l'autre", en l'occurrence la préséance de la langue choisie par l'accusé sur la langue que le juge a le droit d'employer en vertu de l'article 19 de la *Charte*? Dans le premier cas, la mesure est valide. Dans le second, elle est inconstitutionnelle. Ce serait un curieux raisonnement que celui qui conduit à la déclaration d'inconstitutionnalité d'une mesure favorable à une collectivité minoritaire au motif qu'elle ne respecte pas l'égalité des langues. Une égalité math-

⁷¹ *Supra*, note 3 à la p. 500, 67 N.R. à la p. 47.

ématique des deux langues officielles joue parfois au détriment de la langue la plus faible et remet en cause la légitimité constitutionnelle des institutions linguistiquement homogènes qui dépendent plutôt de l'égalité des communautés linguistiques. Le professeur Magnet est d'avis que l'interprétation des articles 16 à 20 de la *Charte* doit tenir compte de la notion de dualité⁷² et permettre la création d'institutions homogènes.

Madame le juge Wilson en fait état dans l'affaire *MacDonald*:

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.⁷³

L'article 27 peut-il jouer ici un rôle utile? Le professeur J. Woehrling a fait le rapprochement entre les droits linguistiques et l'article 27. Il écrit:

Mais l'article 27 possède sans doute une autre utilité et, peut-être, pourrait-il servir, en combinaison avec d'autres articles de la Charte, à faire interpréter celle-ci par les tribunaux comme contenant *implicitement* des droits culturels (et, éventuellement, des droits linguistiques) autres que ceux qui sont inscrits *expressément* dans le texte constitutionnel.⁷⁴

Il ajoute dans une note:

Quant à l'article 27, il protège évidemment certains groupes, car la culture n'est pas le fait d'un individu mais d'une collectivité. Les droits susceptibles de découler de l'article 27 sont par conséquent des droits *collectifs* et, de fait, la jurisprudence interprétant jusqu'à présent cette disposition la considère comme "une clause spéciale d'égalité" qui garantit l'égalité de certaines collectivités culturelles avec la majorité.⁷⁵

Selon lui, l'analyse est particulièrement pertinente dans le cas des droits scolaires. Une égalité formelle ne peut que désavantager les membres de la collectivité minoritaire:

Ainsi, en matière d'éducation, les enfants d'une minorité culturelle qui doivent fréquenter l'école publique qui est celle de la majorité, n'en retirent évidemment pas les mêmes bénéfices que les enfants qui sont éduqués dans leur culture et dans leur langue maternelles. Le fait d'imposer le même système scolaire à la majorité et aux minorités crée donc une inégalité de traitement, forcément très désavantageuse à l'égard des membres d'une minorité. À la limite, à leur égard, l'inefficacité du système scolaire majoritaire peut être telle que c'est leur droit à l'éducation qui n'est plus respecté.⁷⁶

⁷² J.E. Magnet, *The Charter's Official Languages Provisions: The Implications of Entrenched Bilingualism* (1982) 4 SUP. CT. L. REV. 1

⁷³ *Supra*, note 3 à la p. 538, 67 N.R. à la p. 96.

⁷⁴ *Supra*, note 62 à la p. 178.

⁷⁵ *Ibid.*, note 19 à la p. 178.

⁷⁶ *Supra*, note 74.

Toujours selon cet auteur, une analyse semblable doit être faite des articles 16 à 20 de la *Charte*. Dans l'interprétation des garanties linguistiques constitutionnelles, il faut tenir compte de leur finalité:

Par leur *finalité*, les articles 16 à 20 de la Charte, l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* sont donc bel et bien des "mesures spéciales de protection des minorités", au même titre que l'article 23 de la Charte.⁷⁷

Nous sommes pour notre part d'avis que l'article 27 n'a aucun rôle à jouer dans l'analyse des articles 16 à 23. Les droits linguistiques au Canada obéissent à une dynamique particulière que détruirait leur assimilation aux droits découlant de "l'héritage multiculturel" du Canada. Le multiculturalisme représente la réponse canadienne à une situation fort différente de celle des minorités linguistiques. Le fondement des droits linguistiques n'est pas la protection de l'héritage multiculturel des francophones, mais l'égalité des collectivités francophone et anglophone au Canada. Les minorités francophones, y compris d'ailleurs les Québécois par rapport à l'ensemble du pays, ne sont pas qu'une "minorité ethnique". C'est dénaturer le fondement philosophique de l'égalité linguistique que de l'assimiler à l'héritage multiculturel canadien. Les deux concepts doivent coexister, mais l'un ne peut servir à l'interprétation de l'autre. Les droits linguistiques ont pour vocation et finalité, de préserver et d'enrichir la vie collective des communautés linguistiques.

Cette finalité collective des droits linguistiques permet-elle d'accorder moins d'importance au fait que les articles 17 à 20 et 23 confèrent des droits aux individus?⁷⁸ Dans son étude magistrale, le professeur Carignan explique que des droits peuvent être collectifs tout en étant conférés à des individus: il s'agit alors de droits que les individus réclament en tant que membres d'une collectivité définie.⁷⁹ L'aspect collectif des droits influence donc l'interprétation de leur contenu.

La Cour suprême semble avoir freiné son élan de 1985 alors qu'elle reconnaissait la nature sociale des droits linguistiques. La réticence des tribunaux canadiens à sanctionner les droits de nature sociale et l'attitude de prudence des juges risquent, selon nous, de nuire au respect des droits des minorités de langues officielles au Canada.

IV. LES CONSÉQUENCES DE L'ATTITUDE DE LA COUR SUPRÊME

L'attitude de la Cour suprême a pour effet de créer, à l'intérieur d'une charte qui ne fait pas cette distinction, deux catégories de droits

⁷⁷ *Ibid.*, note 22 à la p. 180.

⁷⁸ M. le juge Deschênes a fortement insisté sur le caractère individuel de l'article 23 de la *Charte* dans *Quebec Ass'n of Protestant School Bds. c. P.G. Québec* (1982), [1982] C.S. 673, 140 D.L.R. (3d) 33.

⁷⁹ P. Carignan, *De la notion de droit collectif et de son application en matière scolaire au Québec* (1984) 18 R.J.T. 1.

fondamentaux. Les 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.

En tant qu'arbitre de conflits sociaux parfois acerbes, la Cour suprême renvoie la question dans le camp des politiciens. Selon le constitutionnaliste Guy Tremblay, elle maintient cependant l'équilibre dans les rapports de force politique:

Quant à nous, nous croyons que l'institution vénérable qu'est la Cour suprême, même en oeuvrant régulièrement dans des domaines politiques, devait se substituer au processus démocratique pour l'élaboration d'un ordre nouveau. De fait, la Cour suprême semble s'être perçue d'abord comme un instrument de neutralité et de stabilité à l'intérieur d'un système de gestion de la société qui est générateur de conflits.

C'est seulement de ce point de vue, semble-t-il, qu'on peut dire de la Cour suprême qu'elle n'a pas d'influence politique importante jusqu'à récemment. En effet, son rôle, et le rôle du droit administré sous son égide, fut de maintenir les rapports de forces politiques sur des axes viables. Et c'est pourquoi la Cour n'a jamais provoqué de controverse majeure. La conception de l'entité politique canadienne qu'elle a véhiculée a globalement correspondu aux attentes des gouvernements et de la population. Même en refusant de la sorte l'activisme judiciaire, la Cour se gardait une tâche fort délicate: celle de perpétuer un régime où les forces centrifuges et les forces centripètes se sont avérées largement désarticulées par la présence du Québec dans l'ensemble fédéral. D'un point de vue canadien, du point de vue de l'unité du pays, personne ne peut dire qu'elle a failli à la tâche. Et personne ne sait où en serait le Canada si elle avait agi autrement. Nous croyons donc que le rôle politique de la Cour suprême fut vital.⁸⁰

Le même auteur estime cette attitude correcte:

Somme toute, il nous semble que depuis 1945 la Cour suprême a fortement contribué à résorber des tensions politiques qui étaient susceptibles de s'acerber d'elles-mêmes. En situant son action sous le signe de la continuité, elle apaisait les craintes manifestées lors de l'abolition des appels à Londres et elle renvoyait aux politiciens et aux électeurs la tâche de réformer les caractéristiques fondamentales de notre mode de gouvernement. . . . Si le Canada reste soumis aujourd'hui à des forces qui mettent son avenir en danger, ce n'est pas la Cour suprême qui les a inspirées et ce n'est pas elle qui a entravé leur harnachement. Nous ne croyons pas non plus qu'il lui revenait d'agir autrement qu'elle l'a fait.⁸¹

On ne peut prédire quelle aurait été la réaction de la majorité si la Cour avait donné raison à la S.A.N.B. et à monsieur MacDonald. Mais cette fois, le renvoi du débat dans l'arène politique de chaque province aura un effet contraire à celui prédit par le professeur Tremblay. Lorsqu'en

⁸⁰ Voir Bernier et Lajoie, *supra*, note 42 à la p. 215.

⁸¹ *Ibid.* à la p. 216.

1984 le Manitoba a cherché à conférer plus de droits à sa minorité, une crise politique s'ensuivit. Mais lorsque la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu aux Franco-Ontariens le droit de gérer leurs écoles, l'inscription de ce droit dans la loi scolaire n'a soulevé qu'un soupir de résignation. De même, la décision de la Cour suprême de 1985 qui forçait le Manitoba à traduire ses lois n'a pas soulevé l'ire de la majorité. Serait-ce que l'autorité du pouvoir judiciaire donne aux minorités la crédibilité qui leur fait défaut au plan politique?

La réaction des minorités aux arrêts *MacDonald* et *S.A.N.B.*, partout au pays, en fut une de consternation: on aurait dit que l'histoire se répétait. Jadis nos ancêtres franco-ontariens, acadiens et franco-manitobains ont été fort surpris et déçus d'apprendre que l'article 93 de la constitution (ou ses équivalents) ne protégeait pas leur langue; aujourd'hui les minorités linguistiques du pays sont désillusionnés d'apprendre que la *Charte*, sur laquelle ils fondaient de grands espoirs, 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. Le professeur Woehrling fait remarquer avec justesse:

Si l'on attend simplement de l'État qu'il ne s'oppose pas aux efforts que les minorités sont en mesure de consentir elles-mêmes, à partir de leurs ressources propres, il est probable que la mise en oeuvre de l'article 27 se fera sans grandes difficultés. Si, par contre, les minorités réclament de l'État — fédéral ou provincial — qu'il *finance* le multiculturalisme, l'application de l'article 27 risque de se faire attendre et les recours que les groupes concernés sont susceptibles d'entamer devant les tribunaux pour obtenir satisfaction pourraient bien se révéler infructueux, précisément à cause du fait que notre système politique, s'il donne assez facilement aux tribunaux la faculté d'*empêcher* les gouvernements d'intervenir, ne leur permet pas aussi aisément de *forcer l'État à agir* là où il refuse de le faire. Il ne resterait alors aux minorités, pour obtenir satisfaction, que le processus électoral, pour lequel leur faiblesse numérique les équipe mal, ou encore le *lobbying* traditionnel auprès des autorités politiques. Conclusion peut-être pessimiste, mais inévitable: s'ils avaient voulu qu'il en aille autrement, les rédacteurs de la Charte constitutionnelle auraient dû inscrire à l'article 27, comme à l'article 23 (consacré au droit à l'éducation en anglais et en français), la garantie d'un financement à même les fonds publics.⁸²

André Tremblay est d'avis que l'interprétation restrictive des droits linguistiques conduira les gens à se désintéresser de leurs droits et entraînera une désillusion possiblement néfaste pour le principe de la suprématie de la constitution et sa valeur symbolique:

Les libertés et les droits proclamés par la *Charte* seront niés par les embûches qui en stérilisent le contenu ou qui conduisent à la répétition des comportements que les libertés et les droits devaient écarter. Ils n'auront de sens que lorsqu'ils seront pratiqués largement par le pouvoir public. Quand on se réfugiera derrière le manteau de l'efficacité administrative pour les appliquer,

⁸² Voir Woehrling, *supra*, note 62 à la p. 184.

on ne fera certes pas progresser l'empire des libertés: non seulement on les réduira mais en même temps on habituera le citoyen à ne pas croire au langage des libertés.⁸³

Le professeur Woehrling reconnaît qu'il est possible de croire que les tribunaux joueront un rôle plus actif dans la mise en oeuvre de l'article 23 que des articles 16 à 20 de la *Charte*. C'est un espoir que nous partageons. Mais assisterons-nous encore une fois à la démonstration que le seul but de l'inclusion des articles 16 à 23 dans la *Charte*, malgré les belles paroles de nos politiciens, était de faire taire le nationalisme québécois? André Tremblay a fort bien posé le problème:

Les juges, et en général les juristes, qui auront à interpréter les dispositions de la Constitution relatives aux droits linguistiques, ne peuvent ignorer que le Québec a été au coeur du débat linguistique et qu'il en est présentement le perdant. Ce n'est qu'avec l'expérience de l'application des droits linguistiques reconnus aux niveaux du Fédéral et du Nouveau-Brunswick que l'on pourra dire si les droits nouveaux acquis en dehors du Québec compensent ceux qui ont été perdus à l'intérieur du Québec.

Je sais que l'on a mis dans la balance la défense des minorités hors Québec ainsi que la défense des minorités du Québec, mais c'est avec beaucoup de scepticisme, par ailleurs, que les intervenants au débat linguistique considèrent au Québec cette tentative d'équation. Beaucoup peuvent légitimement croire qu'il est trop tard pour remédier à des maux qui ont cent ans d'histoire et que le Canada est, au dehors du Québec, irréversiblement unilingue anglais. . . .

Si l'interprétation est bienveillante envers les gouvernements, ceux-ci maintiendront leurs habitudes passées et se moqueront des garanties constitutionnelles qu'on n'a jamais vraiment prises au sérieux parce qu'elles étaient vues comme étant non fondamentales. L'histoire du refoulement des francophones vers leurs frontières naturelles pourrait se répéter et, en définitive, l'appareillage linguistique qui restera un peu folklorique ne pourra éviter d'autres incursions du Québec vers les voies de l'indépendance.⁸⁴

De nouvelles négociations constitutionnelles s'amorcent. Les droits linguistiques ne sont pas formellement à l'ordre du jour, mais ils sont présents à l'esprit de chacun: dans son discours inaugural, le ministre des Affaires intergouvernementales du Québec a mentionné la possibilité de bonifier les droits linguistiques constitutionnels. On devra aussi se pencher sur la demande d'une clause d'interprétation constitutionnelle proclamant la spécificité du Québec et considérer les préoccupations des minorités francophones qui, tout en reconnaissant le rôle prépondérant du Québec, se demandent s'ils ont une place et un rôle dans ce pays; on devra régler la question de la compétence exclusive du Québec sur la question linguistique, y compris dans ses écoles, en tenant compte de

⁸³ Voir LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS: SES DÉBUTS, SES PROBLÈMES, SON AVENIR, *supra*, note 51 à la p. 228.

⁸⁴ *Ibid.* aux pp. 217-19.

l'article 23 qui lui impose, comme à toutes les provinces, des responsabilités quant aux droits des minorités linguistiques. On a dit aux minorités que leurs droits étaient désormais protégés par la constitution. Or, les minorités prennent conscience du fait que les droits garantis aux articles 16 à 20 sont plus limités que prévu et que les tribunaux ne semblent pas prêts à les faire progresser. Aussi elles désirent que des changements soient apportés à la *Charte*.

Trois voies sont possibles. On pourrait modifier le texte des articles 16 à 20 et 23 pour en préciser le contenu, sans toutefois toucher aux règles d'interprétation que la Cour suprême entend suivre. Dans ce cas, l'interprétation stricte serait maintenue et tout progrès futur des droits linguistiques dépendrait nécessairement des instances politiques.

En second lieu, on pourrait modifier le mandat des tribunaux et leur indiquer clairement que les droits linguistiques doivent être interprétés et appliqués de la même manière que les autres droits garantis par la *Charte*, de façon à assurer une égalité réelle. Dans cette même veine, on pourrait dans un préambule ou ailleurs faire mention de la spécificité du Québec et par la même occasion enchâsser le principe de l'égalité des collectivités francophones et anglophones au Canada. Une telle mention inciterait les tribunaux à modifier quelque peu leur attitude et à en tenir compte dans l'analyse des articles 16 à 20.

Enfin, il est possible que l'interventionnisme judiciaire ne soit pas la voie la plus appropriée vers la sanction des droits sociaux, surtout au Canada. La question n'a pas été abordée dans cet article, mais devrait l'être dans des recherches ultérieures: si les droits collectifs et sociaux nécessitent une intervention politique, comment les juges qui ne sont pas élus et qui sont plus habitués à annuler des décisions qu'à forcer la prise de décision peuvent-ils exercer un rôle aussi important sans provoquer des tensions sociales? N'y a-t-il pas lieu de rechercher de nouveaux mécanismes de mise en oeuvre des droits sociaux, de nouveaux recours devant des instances différentes des pouvoirs judiciaires?

Il nous semble, en conclusion, que 1982 a été dans l'ensemble un coup d'épée dans l'eau. Sauf pour l'article 23 de la *Charte* qui fait l'objet d'interprétations intéressantes, les droits linguistiques sont difficiles à mettre en oeuvre et le dispositif constitutionnel prévu à cette fin est inefficace. La situation des minorités linguistiques est restée sensiblement la même, malgré l'adoption de la *Charte*. Le jugement récent dans l'affaire *S.A.N.B.* confirme le peu de valeur pratique des articles 16 à 20.

Il ne reste maintenant qu'à constater si les gouvernements ont la volonté politique de faire progresser ces droits. S'ils ne l'ont pas, l'exercice du rapatriement de 1982 n'aura été qu'un exercice de maquillage du *statu quo*.

