

L'application de l'article premier de la Charte aux droits linguistiques

INGRIDE ROY

Très peu de jugements canadiens ont abordé la question de la justification dans le cadre d'une société libre et démocratique d'une violation d'un droit linguistique. Or, ces droits comprennent, contrairement aux autres droits énoncés par la *Charte*, non seulement des droits individuels, mais également des droits à dimension collective ou même des droits collectifs. Pour cette raison, plusieurs questions demeurent quant à savoir dans quelle mesure le test de l'arrêt *Oakes*, développé pour l'application de l'article premier de la *Charte* dans le contexte de la violation de droits individuels, est approprié pour déterminer une limitation justifiable de droits à dimension collective comme des droits linguistiques. Dans le texte qui suit, l'auteur évalue les possibilités d'adapter ce test de *Oakes* à la nature particulière des droits linguistiques. Il propose de chercher des pistes de solutions à l'aide d'une analyse comparée avec le droit autochtone canadien et le droit international relatif aux minorités, car les instruments juridiques relatifs à ces deux droits protègent des droits de même nature, à savoir des droits collectifs ou à dimension collective. En identifiant les similitudes qui se retrouvent dans le libellé des instruments juridiques qui protègent ces deux types de droits et en évaluant la façon dont la jurisprudence a envisagé la justification de la violation de ces droits, l'auteur tente de dégager les éléments clés de l'analyse qui devraient être retenus dans le contexte de la justification de la violation des droits linguistiques. Cette analyse comparée permet en définitive de constater que la justification de la violation de droits collectifs ne peut pas être envisagée de la même façon que pour des droits individuels et que, dans le cas où un droit collectif implique une obligation positive de l'État (comme c'est le cas pour les droits linguistiques), l'analyse du test de proportionnalité doit se faire de manière stricte afin de tenir compte de cette obligation positive.

There have been very few Canadian judgments that have addressed the question of justification of the violation of a language right in a free and democratic society. Unlike the other rights guaranteed by the *Charter*, language rights include not only individual rights, but also rights that have a collective dimension or even collective rights. A number of questions therefore remain unanswered in terms of the extent to which the test that was put forward in *Oakes* for applying section 1 of the *Charter* to violations of individual rights is appropriate for determining whether a limit on rights with a collective dimension, like language rights, is justifiable. In this paper, the author assesses the options for adapting the *Oakes* test to the unique characteristics of language rights. He proposes to identify potential approaches through a comparative analysis of Canadian Aboriginal law and international law relating to minorities, since legal instruments concerning those two kinds of rights protect rights of the same nature: collective rights or rights with a collective dimension. By identifying similarities in the wording of legal instruments that protect those two types of rights and assessing how justification of those rights has been treated in the case law, the author attempts to discern the key elements of the analysis that should be applied to justification of the violation of language rights. Ultimately, this comparative analysis leads to the conclusion that justification of the violation of collective rights cannot be treated in the same way as justification of the violation of individual rights, and that where a collective right imposes a positive duty on the state (as is the case for language rights), the proportionality test must be strictly applied in order to give effect to that positive duty.

Table des matières

397	I.	INTRODUCTION
398	II.	LES DROITS LINGUISTIQUES DANS LA CONSTITUTION CANADIENNE
398	A.	Rappel sur les dispositions constitutionnelles relatives aux droits linguistiques
399	1.	<i>Les droits linguistiques dans le domaine législatif, devant les tribunaux et dans le domaine des communications et des services gouvernementaux</i>
399	2.	<i>Les droits à l'éducation dans la langue de la minorité</i>
401	3.	<i>La nature particulière et la dimension collective des droits linguistiques</i>
403	B.	L'application du test de l'article premier de la Charte à des violations de droits linguistiques
406	1.	<i>Dans les cas où une disposition législative viole un droit linguistique</i>
409	2.	<i>Dans les cas où un acte gouvernemental ou une disposition prise en vertu d'une règle de droit viole un droit linguistique</i>
410	3.	<i>Constat sur la revue de la jurisprudence</i>
411	III.	LES DROITS AUTOCHTONES DANS LA CONSTITUTION CANADIENNE
411	A.	Les droits autochtones prévus à l'article 35 de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i>
412	B.	La justification de la violation de droits autochtones
414	IV.	LE DROIT DES MINORITÉS
414	A.	Les droits des minorités prévus dans les instruments internationaux
417	1.	<i>Les instruments internationaux relatifs au droit des minorités nationales, ethniques, linguistiques et religieuses</i>
421	2.	<i>Les instruments internationaux relatifs aux autochtones</i>
422	B.	La justification de la violation des droits dans le contexte international
425	V.	ANALYSE COMPARATIVE ENTRE L'APPROCHE DE LA JUSTIFICATION DE LA VIOLATION DE CHACUN DESTROIS DROITS : DROITS LINGUISTIQUES, DROITS AUTOCHTONES CANADIENS ET DROITS DES MINORITÉS AU NIVEAU INTERNATIONAL
427	VI.	CONCLUSION

L'application de l'article premier de la Charte aux droits linguistiques

INGRIDE ROY

I. INTRODUCTION

Depuis l'affaire *Nguyen*¹ rendue en 2009, il est bien établi que l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*² [ci-après *Charte*] s'applique aux droits linguistiques garantis par la *Charte*. Toutefois, très peu de jugements canadiens ont abordé la question de la justification dans le cadre d'une société libre et démocratique d'une violation d'un droit linguistique, alors que plusieurs jugements ont abordé cette même question pour justifier la violation des autres droits prévus à la *Charte*. Nous pouvons nous demander pourquoi ?

Il faut se rappeler que les droits linguistiques sont d'une nature particulière. Les tribunaux canadiens ont reconnu à de nombreuses reprises³ que les droits linguistiques prévus à la constitution comprennent, contrairement aux autres droits énoncés par la *Charte*, non seulement des droits individuels, mais également des droits à dimension collective ou même des droits collectifs. Pour cette raison, plusieurs questions demeurent quant à savoir dans quelle mesure le test de *Oakes*⁴ développé pour l'application de l'article premier de la *Charte* dans le contexte de la violation de droits individuels est approprié pour déterminer une limitation justifiable de droits à dimension collective comme des droits linguistiques. Quel objectif peut être suffisant pour justifier une atteinte ? Que pouvons-nous considérer comme une atteinte minimale aux droits linguistiques ? Comment le test de proportionnalité peut-il soupeser deux droits collectifs ? Une revue de la jurisprudence des dernières

1 *Québec (Éducation, Loisir et Sport) c Nguyen*, 2009 CSC 47, [2009] 3 RCS 208 [Nguyen].

2 *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [Charte].

3 Voir notamment *Mahe c Alberta*, [1990] 1 RCS 342, 68 DLR (4^e) 69 [Mahe]; *Doucet-Boudreau c Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 RCS 3 [Doucet-Boudreau]; *Solski (Tuteur à l'instance) c Québec (PG)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 RCS 201 [Solski]; *R c Beaulac*, [1999] 1 RCS 768, 173 DLR (4^e) 193 [Beaulac]; *Nguyen*, *supra* note 1; *DesRochers c Canada (Industrie)*, 2009 CSC 8, [2009] 1 RCS 194 [DesRochers].

4 *R c Oakes*, [1986] 1 RCS 103 aux pp 138-40, 26 DLR (4^e) 200 [Oakes].

années relatives aux droits linguistiques au Canada ne permet pas de répondre à toutes ces interrogations.

Dans ce contexte, il devient donc pertinent d'évaluer les possibilités d'adapter le test de *Oakes* à la nature particulière des droits linguistiques. Nous proposons de chercher des pistes de solutions à l'aide d'une analyse comparée avec le droit autochtone canadien et le droit international relatif aux minorités, car les instruments juridiques relatifs à ces deux droits protègent des droits de même nature que les droits linguistiques canadiens, à savoir des droits collectifs ou, du moins, des droits à dimension collective.

Dans le cadre de la présente analyse, nous ferons tout d'abord un bref rappel sur la portée des dispositions constitutionnelles relatives aux droits linguistiques et nous étudierons la façon dont les tribunaux canadiens ont appliqué, jusqu'à ce jour, le test de *Oakes* dans le contexte de ces droits. Nous examinerons par la suite les droits autochtones canadiens et les droits relatifs aux minorités au niveau international. Notre analyse de ces droits ne sera pas exhaustive, mais visera plutôt à cibler deux éléments précis : identifier les similitudes qui se retrouvent dans le libellé des instruments juridiques qui protègent les droits autochtones canadiens et les droits internationaux des minorités ainsi qu'évaluer la façon dont la jurisprudence a envisagé la justification de la violation de ces droits, le cas échéant. En définitive, nous tenterons de dégager les éléments clés de l'analyse de la justification de la violation des droits autochtones canadiens et des droits des minorités qui pourraient être utilisés dans le contexte de la justification de la violation des droits linguistiques.

II. LES DROITS LINGUISTIQUES DANS LA CONSTITUTION CANADIENNE

A. Rappel sur les dispositions constitutionnelles relatives aux droits linguistiques

Un certain nombre de droits linguistiques sont définis dans la constitution canadienne à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵, à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*⁶ et aux articles 16 à 23 de la *Charte* introduite dans la *Loi constitutionnelle de 1982*⁷. Ces dispositions ne peuvent être modifiées qu'en conformité avec les règles d'amendements constitutionnels inscrits aux articles 38 à 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Outre ces garanties expresses, la constitution canadienne repose sur quatre principes sous-jacents qui ont été reconnus dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁸ et qui sont aussi susceptibles d'avoir des effets en matière linguistique, soit les principes de la démocratie, du fédéralisme, du constitutionnalisme et de la primauté du droit et de la protection des minorités.

5 (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, ann II, n° 5 [LC 1867].

6 33 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, ann II, n° 8 [LC 1870].

7 Constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [LC 1982].

8 [1998] 2 RCS 217, 161 DLR (4^e) 385.

L'article 16 de la *Charte* confirme le droit à l'égalité des deux langues officielles dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada et dans les institutions de la législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick ainsi que le droit à la progression vers l'égalité des deux langues officielles au Canada. L'article 16.1 de la *Charte* reconnaît, quant à lui, l'égalité des deux communautés de langues officielles au Nouveau-Brunswick. Pour le reste, la Constitution canadienne prévoit des garanties linguistiques essentiellement en ce qui a trait au processus législatif, aux tribunaux, aux services gouvernementaux et à l'éducation. Plusieurs de ces garanties donnent toutefois des obligations limitées, selon le cas, aux seules institutions fédérales et aux institutions des provinces du Québec, du Nouveau-Brunswick et du Manitoba.

1. *Les droits linguistiques dans le domaine législatif, devant les tribunaux et dans le domaine des communications et des services gouvernementaux*

Les droits linguistiques dans le domaine législatif sont énoncés à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et aux articles 17 et 18 de la *Charte*. Ils confèrent aux individus le droit d'employer le français ou l'anglais dans les débats de la Chambre des communes et du Sénat du Canada, c'est-à-dire devant le Parlement, ainsi que devant les chambres des législatures du Québec, du Manitoba et du Nouveau-Brunswick. Ces dispositions précisent également que l'usage du français et de l'anglais est obligatoire dans la rédaction des archives, des procès-verbaux et des journaux respectifs de ces chambres et que toutes leurs textes législatifs doivent être imprimées et publiées dans les deux langues officielles. Ainsi, le bilinguisme législatif concerne trois aspects : les débats, la rédaction des archives, des procès-verbaux et des journaux et l'adoption des lois.

L'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* prévoient également le droit pour les individus d'employer le français ou l'anglais devant les tribunaux fédéraux et les tribunaux du Québec et du Manitoba. De même, l'article 19 de la *Charte* exige un bilinguisme judiciaire devant les tribunaux fédéraux et ceux du Nouveau-Brunswick.

L'article 20 de la *Charte* consacre, quant à lui, le droit du public de communiquer avec le siège des institutions du Parlement et du gouvernement du Canada et d'en recevoir les services dans la langue officielle de son choix. Ce droit s'applique aussi aux bureaux de ces institutions fédérales où il existe une « demande importante » ou dont la « vocation du bureau » le justifie, ainsi qu'à tout bureau des institutions de la législature ou du gouvernement du Nouveau-Brunswick.

2. *Les droits à l'éducation dans la langue de la minorité*

L'article 23 de la *Charte* prévoit le droit pour les parents appartenant à une minorité linguistique de langue officielle dans la province ou le territoire où ils résident de faire instruire leurs enfants dans cette langue aux niveaux primaire

et secondaire⁹. Afin d'obtenir ce droit, les parents doivent démontrer qu'ils appartiennent à l'une ou l'autre des trois catégories de titulaires prévues par l'article 23 de la *Charte*. La première catégorie comprend les personnes dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone¹⁰. La deuxième catégorie concerne les parents qui ont reçu leur instruction primaire au Canada dans la langue de la minorité de la province où ils résident. Enfin, la troisième catégorie prévue par le paragraphe 23(2) de la *Charte* vise les enfants qui ont déjà reçu leur instruction au Canada dans la langue de la minorité de la province où ils résident aujourd'hui. Ce droit à l'instruction dans la langue de la minorité est toutefois garanti uniquement lorsque « le nombre d'enfants le justifie »¹¹. Par ailleurs, si le nombre le justifie, ce droit à l'instruction comprend également le droit à des « établissements d'enseignement de la minorité linguistique »¹² selon les termes du paragraphe 23(2) de la *Charte*.

Cette disposition prévoit donc un droit général à l'instruction dans la langue de la minorité et à des établissements d'enseignement de la minorité, mais son libellé laisse place à l'interprétation quant à l'étendue de ce droit, de sorte que les tribunaux, dont la Cour suprême du Canada, ont été appelés à maintes reprises à préciser l'étendue de ce droit¹³.

C'est ainsi que la Cour suprême du Canada a jugé, dans l'affaire *Mahe*, que le texte du paragraphe 23(3) de la *Charte* avec l'utilisation de la préposition « de » dans l'expression « établissement de la minorité linguistique » devait être interprété comme accordant également à la minorité, lorsque le nombre le justifie, une « certaine mesure de gestion et de contrôle »¹⁴. Ce droit de gestion est véritablement un droit collectif. La Cour a pris soin de préciser que cette gestion et ce contrôle sont vitaux afin de respecter l'objet de l'article 23 de la *Charte* qui est de « maintenir les deux langues officielles du Canada ainsi que les cultures qu'elles représentent et à favoriser l'épanouissement de chacune de ces langues, dans la mesure du possible, dans les provinces où elle n'est pas parlée par la majorité »¹⁵. Plus loin, elle ajoute que « [c]ette gestion et ce contrôle sont [...] nécessaires parce que plusieurs questions de gestion en matière d'enseignement (programmes d'étude, embauche et dépenses, par exemple) peuvent avoir des incidences sur les domaines linguistique et culturel »¹⁶.

9 Pour de plus amples détails, voir *Charte*, *supra* note 2, art 23(1)(a), (b). Des précisions ont été apportées à la question des critères d'admissibilité à l'enseignement dans la langue de la minorité, voir notamment *Solski*, *supra* note 3; *Abbey c Conseil de l'éducation du comté d'Essex* (1999), 42 RJO (3^e) 490, 169 DLR (4^e) 451 [Abbey]; *Nguyen*, *supra* note 1.

10 Notons que ce premier critère n'est pas applicable au Québec. Voir *LC 1982*, *supra* note 7, art 59.

11 *Charte*, *supra* note 2, art 23(3)(a).

12 *Ibid*, art 23(3)(b).

13 Voir notamment *Mahe*, *supra* note 3 à la p 362; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man)*, art 79(3), (4) et (7), [1993] 1 RCS 839, 100 DLR (4^e) 723 [Renvoi écoles publiques]; *Arsenault-Cameron c Île du Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, [2000] 1 RCS 3 [Arsenault-Cameron]; *Doucet-Boudreau*, *supra* note 3.

14 *Mahe*, *supra* note 3 à la p 372.

15 *Ibid* à la p 362.

16 *Ibid* à la p 372.

En fait, la Cour suprême du Canada a interprété cette disposition dans diverses causes comme prévoyant un « droit à contenu variable » autant en ce qui concerne les établissements qui assurent l'enseignement dans la langue de la minorité qu'en ce qui a trait au degré d'autonomie accordé aux minorités en la matière¹⁷. Ce qui est requis dans chaque cas dépend de ce que « le nombre justifie » et ce nombre devrait en principe correspondre non pas au nombre de personnes qui se prévalent de ce droit, mais au nombre de personnes raisonnablement envisageables comme pouvant se prévaloir de ce droit.

En ce qui concerne les établissements d'enseignement, le droit peut se traduire, selon le nombre d'élèves, par l'aménagement de classes distinctes pour la minorité dans les écoles de la majorité ou par des écoles entièrement aménagées pour la minorité. Ce qui est requis dans chaque cas dépend principalement de considérations pédagogiques et financières, mais dans tous les cas, l'instruction dans la langue de la majorité et dans celle de la minorité devra être de qualité équivalente.

S'agissant de la gestion et du contrôle accordés à la minorité, la Cour suprême du Canada a précisé que « [c]e qui est essentiel [...], c'est que le groupe linguistique minoritaire ait un contrôle sur les aspects de l'éducation qui concernent ou qui touchent sa langue et sa culture »¹⁸. Elle a également précisé que selon le nombre d'élèves en cause, l'article 23 de la *Charte* pouvait justifier l'existence de conseils scolaires indépendants, mais que, si les chiffres ne le justifiaient pas, ils pouvaient être « assez élevés pour exiger la représentation de la minorité [...] au sein d'un conseil scolaire existant de la majorité »¹⁹. Dans ces cas, le nombre de représentants de la minorité devrait idéalement être proportionnel au nombre d'élèves de la minorité dans le district scolaire et ces représentants devront nécessairement avoir le pouvoir exclusif de prendre des décisions concernant l'instruction dans la langue de la minorité et les établissements où elle est dispensée, sur les questions qui touchent la langue ou la culture²⁰.

3. La nature particulière et la dimension collective des droits linguistiques

Nous pouvons constater que la majorité des dispositions que nous venons d'énumérer offre essentiellement la possibilité aux individus, notamment aux membres des communautés de langue officielle, d'utiliser à leur choix le français ou l'anglais dans certaines circonstances (processus législatif, tribunaux et services gouvernementaux au fédéral et dans certaines provinces). Ainsi, ces dispositions sont à première vue de nature individuelle. En effet, mis à part l'article 16.1 de la *Charte* et l'aspect « gestion » de l'article 23 de la *Charte*, ces dispositions ne donnent pas un droit collectif ou une voix particulière aux communautés linguistiques.

17 Voir notamment *Mahe*, *ibid*; *Renvoi écoles publiques*, *supra* note 13; *Arsenault-Cameron*, *supra* note 13; *Doucet-Boudreau*, *supra* note 3.

18 *Mahe*, *supra* note 3 à la p 375.

19 *Ibid* à la p 377.

20 *Ibid* à la p 377.

Elles ne leur accordent aucun pouvoir décisionnel, même à leurs membres, et ne prévoient pas non plus un processus de consultation pour connaître les besoins et les opinions des communautés. Toutefois, plusieurs de ces droits ne peuvent être exercés que si plusieurs personnes s'en prévalent. Aussi, indirectement et grâce à l'interprétation donnée par la jurisprudence, nous pouvons affirmer que ces droits ont une dimension collective.

La Cour suprême du Canada a d'ailleurs confirmé à plusieurs reprises cette dimension collective des droits linguistiques en définissant la nature particulière de ces droits et en établissant leurs règles d'interprétation. En effet, ces droits sont fondamentaux étant donné qu'« [u]ne langue est plus qu'un simple moyen de communication ; elle fait partie intégrante de l'identité et de la culture du peuple qui la parle »²¹. De plus, ils ont un « caractère réparateur »²². Ces droits ont pour objectif l'égalité réelle des deux langues officielles et visent à favoriser le maintien et l'épanouissement des deux communautés de langues officielles²³. Ces droits font également « partie intégrante de la protection générale des droits des minorités qui, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [...] a été reconnue comme étant un principe fondamental de la Constitution canadienne »²⁴. Enfin, ils impliquent une obligation positive de l'État car, ces droits « ne sont pas des droits négatifs, ni des droits passifs ; ils ne peuvent être exercés que si les moyens en sont fournis »²⁵. Il en découle un devoir pour « l'État de prendre des mesures positives pour mettre en application des garanties linguistiques »²⁶. Selon la Cour, le principe d'égalité réelle a une signification :

[i]l signifie notamment que les droits linguistiques de nature institutionnelle exigent des mesures gouvernementales pour leur mise en œuvre et créent, en conséquence, des obligations pour l'État [...]. Il signifie également que l'exercice de droits linguistiques ne doit pas être considéré comme exceptionnel, ni comme une sorte de réponse à une demande d'accommodement²⁷.

Plus récemment, dans l'affaire *DesRochers*²⁸, la Cour suprême du Canada a même apporté des précisions quant à la portée de l'égalité linguistique dans le contexte de la prestation de services gouvernementaux aux termes du paragraphe 20(1) de la *Charte*. Ainsi, la Cour reconnaît que, selon la nature du service, l'obligation

21 Ibid à la p 362 ; voir *Ford c Québec (PG)*, [1988] 2 RCS 712 aux pp 748-49, 54 DLR (4^e) 577.

22 Voir notamment *Mahe*, *supra* note 3 à la p 362 ; *Renvoi écoles publiques*, *supra* note 13 à la p 850 ; *Beaulac*, *supra* note 3 au para 19 (ces affaires ont reconnu ce caractère réparateur).

23 Ibid au para 22. Voir aussi *Solski*, *supra* note 3 au para 20.

24 Ibid au para 2. Voir aussi *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 8 au para 79 ; *Lalonde c Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 RJO (3^e) 577, 208 DLR (4^e) 577 (CA).

25 *Beaulac*, *supra* note 3 au para 20.

26 Ibid.

27 Ibid au para 24.

28 *Supra* note 3.

d'égalité réelle pourra exiger, dans certains cas, que le traitement distinct entre les communautés linguistiques majoritaire et minoritaire se traduise notamment par la consultation de la communauté minoritaire pour l'élaboration et la mise en œuvre du service²⁹. En introduisant la consultation des communautés de langue officielle dans le contexte des services, la Cour confirme la véritable dimension collective des droits linguistiques. Elle laisse entrevoir l'obligation du gouvernement de dialoguer avec les communautés afin de leur permettre de jouer un rôle actif en les aidant à évaluer de façon juste leurs besoins de manière à offrir des services de qualité égale et donc, de participer à l'élaboration et la mise en place de ces services.

Cette dimension collective permet donc aux droits linguistiques de se distinguer des autres droits prévus à la *Charte* qui ont une nature, quant à eux, clairement individuelle. Nous pouvons donc nous interroger à savoir si cette différence pourra se refléter dans la façon d'appliquer l'article premier de la *Charte* afin de justifier la violation d'un droit linguistique.

B. L'application du test de l'article premier de la *Charte* à des violations de droits linguistiques

Après l'adoption de la *Charte*, la Cour suprême du Canada a développé une méthode d'analyse pour déterminer la justification d'une violation dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*. Nous avons appelé cette méthode « le test de *Oakes* »³⁰ puisque c'est dans cet arrêt que la Cour suprême du Canada l'a énoncée pour la première fois. Depuis, ce test a été quelque peu peaufiné et appliqué avec souplesse selon les circonstances. Ce test se résume essentiellement comme suit ; nous devons tout d'abord vérifier si la restriction imposée par le législateur vise un objectif important, c'est-à-dire si elle vise à répondre à des préoccupations réelles. Dans un deuxième temps, nous devons vérifier si les moyens utilisés dans la loi pour atteindre cet objectif sont proportionnés. Afin de répondre à cette deuxième question, il faut vérifier trois éléments : si les moyens utilisés ont un lien rationnel avec l'objectif poursuivi ; si ces moyens portent le moins possible atteinte aux droits ; et enfin, s'il y a proportionnalité entre les effets préjudiciables de ces moyens et leurs effets bénéfiques.

Patrice Garant dans son article intitulé « La proportionnalité et l'équilibre dans le contentieux de la Charte constitutionnelle canadienne »³¹ peint un portrait

29 Ibid au para 54.

30 *Oakes*, *supra* note 4. Voir aussi *Dagenais c Société Radio-Canada*, [1994] 3 RCS 835, 120 DLR (4^e) 12 (qui a reformulé le troisième critère du test de proportionnalité).

31 Patrice Garant, « La proportionnalité et l'équilibre dans le contentieux de la Charte constitutionnelle canadienne (a-15) », Atelier Équilibre et proportionnalité en matière d'interprétation des Constitutions lors du Congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel, présenté au Zappeion Magaron à Athènes, 14 juin 2007 [non publié], en ligne : VII congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel <<http://www.enelsyn.gr/papers/w15/Paper%20by%20Prof%20Patrice%20Garant.pdf>> [Garant].

de l'utilisation de ce test dans la jurisprudence de la cour de 1982 à 2007 et en tire quelques conclusions. Selon lui, le premier critère de l'objectif important est presque toujours rempli. En fait, il n'y a qu'un seul cas où la Cour a jugé que le premier critère, soit la proportionnalité des moyens utilisés pour atteindre l'objectif de loi, ne satisfaisait pas le test de l'article premier en raison de l'objectif qui était à sa face même inconstitutionnel. C'était l'affaire *Québec (PG) c Québec Protestant School Boards*³².

En ce qui concerne le premier élément du deuxième critère, il est à noter que la Cour accepte facilement une analyse fondée sur le bon sens et n'exige pas de preuve scientifique pour reconnaître l'existence d'un lien rationnel. Ce critère est donc presque toujours rempli. La question de l'atteinte minimale est celle qui fait l'objet d'une analyse plus profonde de la part de la Cour. Elle peut être variable selon les circonstances. La Cour précise qu'« il n'est pas nécessaire que les mesures contestées représentent la solution la moins attentatoire »³³. Si la mesure choisie « se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables » selon les circonstances, elle remplira le test³⁴. Patrice Garant note toutefois des tendances. Selon lui,

[l]a Cour [suprême du Canada] a souligné à plusieurs reprises que, dans les domaines sociaux, économiques ou politiques où le législateur doit concilier des intérêts différents afin de choisir une politique parmi plusieurs qui pourraient être acceptables, les tribunaux doivent faire preuve d'une grande retenue face au choix du législateur en raison de sa position privilégiée pour faire ces choix. À l'opposé, les tribunaux seront plus sévères face au choix du législateur dans les domaines où l'État joue le rôle d'« adversaire singulier de l'individu », principalement en matière criminelle, en raison de leur expertise dans ces domaines³⁵.

Enfin, en ce qui concerne le troisième volet du deuxième critère, à savoir la proportionnalité des effets, l'analyse se rapporte à la nature de l'atteinte et vise à déterminer si les effets négatifs de la mesure l'emportent sur ses avantages. Une preuve qui soutient qu'il y a plus d'avantage à conserver cette restriction que d'effets négatifs est donc nécessaire pour passer le test.

Dans le domaine des droits linguistiques, l'application de l'article premier de la *Charte* a plutôt été rare. Il faut noter que cette question a longtemps fait l'objet de débats, alors que certains prétendaient que l'article premier de la *Charte* ne pouvait être invoqué pour justifier une limitation aux droits linguistiques au motif que plusieurs de ces droits sont prévus dans des instruments autres que la *Charte*. Bien sûr, l'article premier de la *Charte* ne peut pas s'appliquer aux droits linguistiques

32 [1984] 2 RCS 66, 10 DLR (4^e) 321 [*Québec Protestant School Boards*].

33 *Harper c Canada (PG)*, 2004 CSC 33 au para 110, [2004] 1 RCS 827.

34 *RJR MacDonald Inc c Canada (PG)*, [1995] 3 RCS 199 au para 160, 127 DLR (4^e) 1.

35 Garant, *supra* note 31 à la p 5.

prévus à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Toutefois, pourquoi l'article premier de la *Charte* ne pourrait-il pas s'appliquer aux droits linguistiques prévus aux articles 16 à 23 de la *Charte* ?

La *Charte* ne prévoit aucune exception à l'application de son article premier. Cet article permet de porter atteinte à l'une ou l'autre des dispositions de la *Charte* si la restriction découle d'une règle de droit et si cette restriction peut se justifier « dans le cadre d'une société libre et démocratique »³⁶. Il ne faut pas confondre la clause dérogatoire de l'article 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982* avec l'article premier de la *Charte*. Ces deux dispositions ont une portée différente. Seule la première cible des dispositions de la *Charte* en particulier. La deuxième s'applique à toutes les dispositions de la *Charte*. Ainsi, la clause dérogatoire de l'article 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982* permet au législateur de déroger pour cinq ans aux seuls articles 2 et 7 à 15 de la *Charte* au moment où il adopte une loi qu'il sait contraire à ces dispositions s'il précise dans sa loi qu'elle s'applique « nonobstant » le fait qu'elle viole ces dispositions. L'article premier de la *Charte* permet plutôt de justifier, après coup et à certaines conditions, des violations aux droits prévus à la *Charte*. En conséquence, nous ne pouvons pas déroger aux articles 16 à 23 de la *Charte* suivant la clause dérogatoire de l'article 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais nous pouvons justifier une restriction à ces articles suivant l'article premier de la *Charte*.

Toutefois, très peu de jugements ont appliqué l'article premier de la *Charte* dans le contexte de droits linguistiques.

Aussi, une revue de la jurisprudence des dernières années sur la question ne permet pas d'évaluer complètement si nous devons appliquer ce test tel quel ou s'il doit être adapté lorsqu'il est question de la violation de droits linguistiques. En effet, nous pouvons faire trois constats à ce sujet en examinant la jurisprudence sur les droits linguistiques :

- 1) Plusieurs jugements ont conclu qu'il n'y avait pas de violation de droits linguistiques de sorte qu'il n'y a pas eu lieu de vérifier la justification d'une violation en vertu de l'article premier de la *Charte*³⁷.
- 2) Parmi les jugements qui ont conclu à une violation de droits linguistiques, plusieurs n'ont pas vérifié, par la suite, si cette violation pouvait se justifier ou non en vertu de l'article premier de la *Charte*³⁸. Cette absence d'analyse s'expliquait toutefois,

36 *Charte*, *supra* note 2, art 1.

37 Voir notamment *Solski*, *supra* note 3 ; *Chubbs et al v Newfoundland and Labrador*, 2004 NLSCTD 89, 237 Nfld & PEIR 146 ; *R c Doucet*, 2003 NSSC 256, 222 NSR (2^e) 1 ; *Knopf c Canada (Président de la Chambre des communes)*, 2006 CF 808, 295 FTR 198.

38 Voir notamment *Conseil des écoles séparées catholiques romaines de Dufferin et Peel c Ontario (Ministre de l'Éducation et de la Formation)* (1996), 30 RJO (3^e) 681, 136 DLR (4^e) 704 (C div) ; *Abbey*, *supra* note 9 ; *Charlebois c Moncton (Ville de)*, 2001 NBCA 117, 242 RNB (2^e) 259 [Charlebois] ; *Arsenault-Cameron*, *supra* note 13 ; *Doucet-Boudreau*, *supra* note 3 ; *DesRochers*, *supra* note 3.

dans ces cas, étant donné que les violations constituaient une négation pure et simple des droits et non une restriction qui aurait pu se justifier.

- 3) Enfin, parmi les jugements qui ont conclu à une violation des droits linguistiques et dont la Cour a par la suite vérifié si cette violation pouvait se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*, aucun n'a réussi à passer le test de *Oakes* afin de justifier la violation³⁹.

Ainsi, les deux premières catégories de jugements ne nous aident pas à comprendre comment appliquer le test de l'article premier de la *Charte*, alors que la troisième catégorie ne nous donne que des indices, sans répondre totalement à toutes les questions. Il serait tout de même intéressant d'y jeter un coup d'œil en faisant une distinction entre les jugements qui mettent en cause des dispositions législatives qui violent un droit linguistique et ceux qui mettent en cause des actes ou décisions gouvernementales prises en vertu d'une règle de droit qui viole un droit linguistique.

1. Dans les cas où une disposition législative viole un droit linguistique

Dans les cas où une cour a conclu qu'une disposition législative violait un droit linguistique, elle n'a pas toujours examiné, par la suite, la question de la justification en vertu de l'article premier de la *Charte*. Cela peut se comprendre lorsque l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* étaient en cause⁴⁰, car ces dispositions ne sont clairement pas assujetties à l'article premier de la *Charte*. Par contre, lorsqu'il s'agit de la violation des articles 17 à 20 ou 23 de la *Charte*, il n'y avait pas de raison de ne pas effectuer le test de l'article premier de la *Charte*. Dans l'affaire *Association des parents francophones (Colombie-Britannique) v British Columbia*⁴¹, la Cour a conclu que la loi scolaire de 1989⁴² violait l'article 23 de la *Charte* et a accordé jusqu'à la fin de la session parlementaire pour promulguer une nouvelle loi protégeant les droits à l'éducation en langue française. Elle ne s'est pas posé la question à savoir si cette violation se justifiait au sens de l'article premier de la *Charte*. De même, la Cour a jugé, dans l'affaire *Charlebois*⁴³, qu'un arrêté municipal violait le paragraphe 18(2) de la *Charte*, mais elle ne s'est pas posé la question à savoir si cette violation se justifiait en vertu de l'article premier de la *Charte* et s'est plutôt attardé à la question de la réparation convenable et juste. En fait, la Cour n'avait pas à se poser la question de la justification puisque la violation

39 Voir notamment *Quebec Protestant School Boards*, supra note 32 ; *Mahe*, supra note 3 ; *Nguyen*, supra note 1.

40 Voir notamment *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 RCS 212, 88 DLR (4^e) 385 ; *Québec (PG) c Blaikie*, [1979] 2 RCS 1016, 101 DLR (3^e) 394.

41 (1996), 27 BCLR (3^e) 83 (SC), 139 DLR (4^e) 356.

42 *School Act*, BC 1989, c 61.

43 *Supra*, note 38.

constituait, dans ce cas, une négation pure et simple du droit et non une simple restriction qui aurait pu se justifier. Cela dit, dans les seules décisions en matière linguistique où la jurisprudence a effectué cette démarche en vertu de l'article premier de la *Charte* lorsqu'une disposition législative était en cause, celle-ci violait l'article 23 de la *Charte*. Aucune ne mettait en cause les autres dispositions linguistiques de la *Charte*. Dans les trois cas où la démarche a été effectuée, la Cour a conclu que la violation ne se justifiait pas en faisant une analyse plus ou moins détaillée.

Dans l'affaire *Quebec Protestant School Boards*⁴⁴, entendue en 1984, la Cour a estimé que l'article 73 de la *Charte de la langue française*⁴⁵ du Québec n'était pas conforme à l'article 23 de la *Charte*. Cet article prévoyait que seuls les enfants dont l'un des parents avait reçu lui-même son enseignement primaire en anglais au Québec (et non au Canada) pouvaient être admissibles à l'école publique anglaise primaire et secondaire. La Cour a conclu que l'effet réel de l'article 73 de la *Charte de la langue française* était de modifier la catégorie d'ayants droit, ce qui équivalait à une dérogation totale et non à une limitation. Ainsi, la violation ne pouvait se justifier, car seule une « limitation » peut se justifier au sens de l'article premier de la *Charte*. Selon la Cour « les restrictions que l'[article] 1 de la *Charte* permet d'apporter aux droits et libertés qu'elle énonce ne peuvent pas équivaloir à des dérogations comme celles qu'autorisent les paragraphes 33(1) et (2) de la *Charte*, lesquels d'ailleurs n'autorisent pas de dérogation à l'[article] 23 »⁴⁶. Ainsi, dans cette affaire, la Cour n'a pas fait l'analyse du test de *Oakes*, elle s'est contentée de constater que l'article 73 de la *Charte de la langue française* ne représentait pas une limitation aux droits, mais bien une dérogation totale de sorte qu'il ne pouvait y avoir aucune justification.

En 1990, dans l'affaire *Mahe*, la Cour a véritablement utilisé le test de *Oakes*⁴⁷. Elle a conclu que la loi ne remplissait pas le critère de l'atteinte minimale et a jugé que la violation ne se justifiait pas dans le cadre d'une société libre et démocratique. Dans cette affaire, le règlement contesté prévoyait que 20 % des heures de classe devaient être données en anglais dans les écoles françaises de la minorité en Alberta. La Cour a reconnu qu'une « certaine » quantité d'enseignement obligatoire en anglais dans une école française de la minorité constituait une limite raisonnable à l'article 23 de la *Charte*, car l'importance pour tous les élèves de l'Alberta de connaître l'anglais est indiscutable. Toutefois, la Cour a précisé qu'il n'était pas évident toutefois qu'il soit nécessaire de dispenser 300 minutes d'enseignement en anglais par semaine dans les écoles francophones. Selon la Cour, il revenait à l'intimé de prouver que cette limite ne porte pas plus atteinte que nécessaire au droit conféré par l'article 23 de la *Charte* et en l'absence de preuve, elle a conclu que le règlement ne pouvait se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. Ainsi,

44 *Supra* note 32.

45 LRQ, c C-11.

46 *Quebec Protestant School Boards*, *supra* note 32 à la p 86.

47 *Mahe*, *supra* note 3.

la Cour a laissé la porte ouverte à une preuve possible pour démontrer que les 300 minutes par semaine constituaient une restriction raisonnable, mais ici, comme la preuve n'avait pas été faite, la Cour a conclu à l'inconstitutionnalité du règlement.

Enfin, dans l'affaire *Nguyen*⁴⁸ en 2009, la Cour a une fois de plus jugé que la limitation ne rencontrait pas le critère de l'atteinte minimale et a conclu à l'inconstitutionnalité des dispositions contestées. Dans cette affaire, il était également question de l'article 73 de la *Charte de la langue française* dont le libellé avait toutefois été modifié à deux reprises suite au jugement dans l'affaire *Quebec Protestant School Boards*. Ce nouveau libellé apportait des limites à l'admissibilité de l'instruction en anglais au Québec. Selon ce libellé, l'école anglaise est ouverte aux enfants de ceux qui ont fréquenté une école primaire anglophone au Canada ou aux enfants qui ont eux-mêmes fréquenté une école primaire anglophone au Canada. La disposition ajoute que le parent ou l'enfant doit, selon le cas, non seulement « avoir reçu » son enseignement en anglais, mais avoir reçu la « majeure partie » de son enseignement en anglais. Enfin, elle ajoute que l'enseignement en anglais reçu dans des écoles privées non subventionnées ou reçues en vertu d'une autorisation ministérielle particulière (pour des motifs se rapportant à des difficultés graves d'apprentissage, un séjour temporaire ou une situation grave d'ordre familiale ou humanitaire) ne rendrait pas admissible un enfant à l'enseignement dans la langue de la minorité.

Dans ce jugement, la Cour a indiqué que la protection accordée par l'article 23 de la *Charte* n'établissait aucune distinction entre le type d'enseignement reçu par l'enfant, le caractère public ou privé de l'établissement d'enseignement ou encore la source de l'autorisation en vertu de laquelle l'enseignement dans une langue est dispensé. L'article 73 de la *Charte de la langue française* interdit, quant à lui, toute reconnaissance des parcours scolaires qui se sont déroulés dans une école privée non subventionnée ou en application d'une autorisation particulière. Ces périodes d'études sont effacées, pour ainsi dire, du parcours scolaire de l'enfant, comme si elles n'avaient jamais eu lieu. Or, depuis l'arrêt *Solski*⁴⁹, il est établi que le critère de la « majeure partie » de l'enseignement, prévu par l'article 73 de la *Charte de la langue française*, doit être interprété comme la source d'une obligation de procéder à une évaluation qualitative globale du parcours scolaire d'un enfant. L'impossibilité d'évaluer complètement le cheminement scolaire d'un enfant (en enlevant les années passées dans une école privée) afin de déterminer l'étendue de ses droits linguistiques scolaires a pour effet de tronquer la réalité et rend la disposition contraire à l'article 23 de la *Charte*.

Après avoir confirmé que l'article premier de la *Charte* s'appliquait aux droits linguistiques et après avoir précisé que l'affaire *Quebec Protestant School Boards*⁵⁰

48 *Supra* note 1.

49 *Supra* note 3.

50 *Supra* note 32.

n'avait jamais mis de côté l'application de l'article premier de la *Charte* aux droits linguistiques, la Cour a donc appliqué le test de l'article premier de la *Charte*. Elle a tout d'abord jugé que les objectifs visés par les mesures adoptées par le législateur québécois (c'est-à-dire régler le problème des écoles passerelles et de l'élargissement des catégories d'ayants droit et, de façon plus générale, protéger la langue française au Québec et favoriser son épanouissement) étaient suffisamment importants et légitimes pour justifier l'atteinte aux droits garantis. Toutefois, elle a estimé que les moyens choisis dans la *Charte de la langue française* n'étaient pas proportionnels aux objectifs recherchés. Selon elle, le test devait donc échouer à l'étape de l'atteinte minimale, car « [l]e refus de prendre en compte [l]e parcours [d'un enfant dans une école privée] est total et sans nuance »⁵¹ et la preuve démontre que « [la] solution [est] excessive »⁵². En effet, « la Loi 104 exclut toute considération du parcours scolaire d'un enfant dans une école anglophone privée nonsubventionnée. Elle ne tient aucunement compte de la durée et des circonstances de ce parcours, non plus que de la nature et de l'histoire de l'établissement scolaire où l'enfant a été inscrit »⁵³. Au surplus, la preuve présentée démontre que le nombre d'enfants pouvant se faire admettre dans le réseau public anglophone après un passage dans une école privée non subventionnée reste relativement faible. Ainsi, la « solution législative paraît excessive par rapport à la gravité du problème identifié, ainsi qu'à son impact sur les clientèles scolaires et, potentiellement, sur la situation de la langue française au Québec »⁵⁴.

2. *Dans les cas où un acte gouvernemental ou une disposition prise en vertu d'une règle de droit viole un droit linguistique*

La jurisprudence n'a pas effectué expressément le test de l'article premier de la *Charte* dans le contexte où un acte gouvernemental ou une décision prise en vertu d'une règle de droit violait un droit linguistique. Par exemple, dans l'affaire *Abbey*⁵⁵, la décision du conseil scolaire de refuser à un enfant anglophone d'avoir accès à l'école française était contraire à l'article 23 de la *Charte*, mais la Cour n'a pas vérifié si cette violation se justifiait dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il faut dire que le conseil scolaire n'avait peut-être pas invoqué non plus cet argument pour justifier sa décision. En ce qui concerne l'affaire *DesRochers*⁵⁶, la Cour a conclu que les services offerts violaient l'article 20 de la *Charte*, mais puisque la lacune avait été réglée depuis le dépôt des procédures, il n'a pas été nécessaire de vérifier si cette violation se justifiait au sens de l'article premier de la *Charte*, cette question étant devenue académique.

51 *Nguyen*, *supra* note 1 au para 42.

52 *Ibid.*

53 *Ibid.*

54 *Ibid.*

55 *Supra* note 9.

56 *Supra* note 3.

Toutefois, dans certaines décisions, le test semble avoir échoué implicitement à l'étape de l'analyse de « l'importance de l'objectif » lorsque la Cour a simplement indiqué que « les inconvénients administratifs et les coûts » ne pouvaient pas excuser une violation. Ce fut le cas notamment dans les affaires *Arsenault-Cameron*, *Doucet-Boudreau* et *Beaulac*⁵⁷. Dans ces affaires, la Cour n'a pas fait référence expressément à l'article premier de la *Charte*, mais elle a utilisé les mots de cet article en précisant que la question monétaire ne pouvait pas « justifier » une telle violation ou limitation des droits linguistiques en cause. Ainsi, la Cour a donné une grande importance à l'objectif de pallier l'assimilation et à celui d'assurer l'égalité réelle et a clairement écarté l'argument de l'inconvénient administratif ou des coûts trop élevés pour assurer le respect de ces droits.

3. Constat sur la revue de la jurisprudence

De ce bref survol, nous pouvons constater que, dans tous les jugements où la Cour a appliqué le test de *Oakes* dans le contexte de la violation de droits linguistiques, la Cour ne s'est pas posé la question à savoir si celui-ci était adapté ou non à la violation d'un droit à dimension collective comme un droit linguistique. Toutefois, elle a adopté une analyse stricte de ce test sans donner de motif permettant d'expliquer le choix de cette approche.

En effet, dans les cas mettant en cause des actes ou décisions gouvernementales contraires aux articles 16 à 23 de la *Charte*, le test de l'article premier de la *Charte* a été difficile à rencontrer dès la première étape, alors que, selon la tendance générale des jugements qui ont porté sur l'application de l'article premier de la *Charte*, le test échoue rarement à cette étape. Dans tous les cas mettant en cause des dispositions législatives contraires aux droits linguistiques, le test a échoué suite à une application stricte du critère de l'atteinte minimale. Pourtant, nous avons vu que dans les domaines sociaux où le législateur doit soupeser des intérêts différents, la Cour adopte, en général, une analyse souple de ce critère et fait preuve de retenue face au choix du législateur⁵⁸. Or, dans le cas des jugements concernant les droits linguistiques, la Cour devait soupeser les intérêts de groupes opposés, soit ceux d'un groupe linguistique minoritaire et ceux de la société. Selon la tendance générale, elle aurait dû faire preuve de retenue, mais ce n'est pas ce qu'elle a choisi de faire.

La question qui se pose est de savoir pour quel motif la Cour a-t-elle senti le besoin d'agir ainsi, c'est-à-dire de manière différente par rapport à tous ses autres jugements mettant en cause des droits individuels? Aucune indication n'a été donnée explicitement par la Cour à ce sujet, de sorte qu'il est difficile d'établir les critères précis à remplir pour justifier la violation d'un droit linguistique. Toutefois, nous pouvons penser que la nature particulière des droits linguistiques a pu influencer

57 *Arsenault-Cameron*, *supra* note 13; *Doucet-Boudreau*, *supra* note 3; *Beaulac*, *supra* note 3.

58 Comme le démontre l'analyse de la jurisprudence à propos de l'application de l'article premier de la *Charte* faite par Garant, *supra* note 31.

cette approche différente de la Cour dans l'application du test de *Oakes* dans le contexte de droits linguistique.

Aussi, il peut être intéressant de faire une analyse comparative afin de vérifier la façon dont la constitution canadienne, les instruments de droit international et la jurisprudence envisagent la justification de la violation d'autres droits qui présentent des caractéristiques semblables à celles des droits linguistiques, à savoir les droits autochtones au Canada et les droits des minorités au niveau international. En effet, tout comme les droits linguistiques, les droits autochtones canadiens et les droits des minorités au niveau international présentent une nature collective et supposent des obligations positives de la part de l'État. Cette analyse permettra de déterminer si la nature collective d'un droit peut influencer la façon de justifier leur violation et si elle peut nécessiter une approche différente de la justification de la violation d'un droit de nature individuelle. Elle pourra également donner des pistes de solutions sur des critères précis à intégrer à cette analyse de la justification afin d'adapter le test de *Oakes* à la nature particulière des droits linguistiques.

III. LES DROITS AUTOCHTONES DANS LA CONSTITUTION CANADIENNE

A. Les droits autochtones prévus à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*

Les peuples autochtones jouissent, depuis longtemps, de droits ancestraux ou de droits importants sur les terres. Ces droits découlent de traités, de la coutume, de la common law et de la *Proclamation royale de 1763*⁵⁹. Ces droits leur permettent au moins d'exercer certaines activités sur des terres (comme la chasse, la pêche, la vente de gibier ou poisson, la récolte de bois, etc.), d'utiliser les terres et de les occuper. Ces droits sont collectifs et les peuples qui en sont les bénéficiaires peuvent les régler⁶⁰. Il y a toutefois toujours une controverse, au sujet de laquelle nous ne nous attarderons pas dans le cadre du présent texte, à savoir si les autochtones disposent en plus, en vertu de ces droits, du droit de régir la vie en société⁶¹.

En vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement peut légiférer, de son côté, sur les Indiens et les terres réservées aux Indiens. Avant 1982, il était possible d'abroger unilatéralement les droits reconnus par les traités ainsi que le titre ancestral autochtone, mais depuis 1982, l'article 35 de la

59 Reproduite dans LRC (1985), ann II, n° 1.

60 Pour une analyse plus exhaustive des droits autochtones, voir notamment Michel Morin, « La situation des peuples autochtones en droit international et canadien : une vue d'ensemble » dans Nicholas Levrat, dir, *Minorités et organisation de l'État : Textes présentés au Quatrième colloque international du Centre international de la common law en français (CICLEF)*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 631 ; Sébastien Grammond, *Aménager la coexistence : Les peuples autochtones et le droit canadien*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2003.

61 À ce sujet, voir notamment Henry Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit Constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008 aux pp 131-38.

Loi constitutionnelle de 1982 protège les droits autochtones qui ont survécu jusqu'à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En fait, le Parlement peut encore légiférer sur ces droits en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais il ne peut pas les abroger en raison de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit plus particulièrement que « [l]es droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés »⁶². Ce droit prévoit clairement un droit collectif. En ce sens, les droits autochtones ressemblent aux droits linguistiques qui prévoient également des droits à dimension collective et des droits collectifs. La portée de cette disposition a été interprétée, pour la première fois, par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R c Sparrow*⁶³ en 1990. La Cour a d'abord précisé que les droits auxquels s'applique le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* sont ceux qui existaient au moment de l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1867* et que cet article ne permet pas de rétablir des droits éteints. Par ailleurs, la Cour a ajouté que ces droits existants ne doivent pas être interprétés de manière figée, c'est-à-dire selon la façon dont ils étaient réglementés en 1982, mais plutôt d'une manière souple qui permet à ces droits d'évoluer avec le temps. Ainsi, la Cour donne une interprétation libérale à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui vise à confirmer des droits ancestraux.

B. La justification de la violation de droits autochtones

L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'est toutefois pas assujéti à l'article premier de la *Charte*, car bien qu'il soit inscrit dans la *loi*, il ne fait pas partie des dispositions incluses dans la *Charte*. En effet, l'article premier de la *Charte* permet uniquement de justifier une atteinte aux droits prévus à la *Charte*. Ainsi, aucune limitation des droits autochtones n'est expressément permise dans la Constitution canadienne. De ce point de vue, les droits autochtones diffèrent des droits linguistiques puisque, comme nous l'avons vu, ces derniers sont clairement assujéti à l'article premier de la *Charte*. Cela dit, la Cour suprême du Canada a précisé, dans l'affaire *Sparrow*, « que toute loi ou tout règlement portant atteinte aux droits ancestraux des autochtones sera automatiquement inopérant en vertu de l'[article] 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* »⁶⁴. Elle a jugé qu'il y avait une obligation implicite de justifier toute mesure législative qui a un effet préjudiciable sur un droit protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ainsi, même si l'article premier n'est pas applicable à des dispositions extérieures à la *Charte*, comme l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et même si cet article n'autorise pas explicitement les tribunaux à apprécier la légitimité d'une mesure législative gouvernementale qui restreint des droits ancestraux, la Cour a tout de

62 LC 1982, *supra* note 7, art 35.

63 [1990] 1 RCS 1075, 70 DLR (4^e) 385 [*Sparrow*].

64 *Ibid* à la p 1109.

même développé un test spécifique afin de justifier une atteinte aux droits prévus à cet article.

La Cour a justifié le développement de ce test en se fondant sur l'expression « reconnaissance et confirmation » utilisée à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon elle, cette expression comporte la responsabilité qu'a le gouvernement d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones et implique ainsi une certaine restriction à l'exercice de son pouvoir souverain de légiférer⁶⁵. Les « droits reconnus et confirmés » ne sont donc pas absolus. Depuis 1982, les pouvoirs législatifs fédéraux subsistent, y compris le droit de légiférer en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais doivent être conciliés avec son obligation de fiduciaire.

Ainsi, le test développé dans l'affaire *Sparrow* est similaire au test de *Oakes*, mais il est tout de même différent. Il implique deux étapes :

- Dans un premier temps, la Cour doit analyser l'objectif législatif de la mesure contestée. À cette étape, la Cour se demande si la mesure contestée poursuit un objectif régulier.
- Si l'objectif est régulier, la Cour doit ensuite vérifier si les moyens utilisés dans la loi pour atteindre cet objectif sont proportionnés. Ce test de proportionnalité doit toutefois tenir compte de l'honneur de Sa Majesté de même que de la responsabilité du gouvernement de protéger les droits des autochtones qui résulte des rapports fiduciaires créés par l'histoire, par des traités et par des textes législatifs et reconnus dans l'affaire *Guerin c R*⁶⁶. Cette responsabilité est en fait, une obligation positive d'agir de la part de l'État. À cette étape, la Cour se demande si nous avons porté le moins possible atteinte aux droits autochtones et si l'État a tenu compte de l'intérêt prioritaire des autochtones ou encore s'il les a consultés⁶⁷ ou leur a offert une juste indemnité avant d'adopter la mesure qui porte atteinte à leurs droits.

Ce test développé par la Cour dans l'affaire *Sparrow* dans le contexte de droits autochtones est intéressant. Il est plus strict que le test de *Oakes* utilisé dans le contexte des autres droits prévus à la *Charte*, en ce sens qu'il prend en compte l'obligation positive de l'État en regard des autochtones à l'étape de l'analyse de la proportionnalité. Le législateur a donc une moins grande marge de manœuvre dans le choix des mesures lorsque plusieurs intérêts opposés sont en jeu, car il doit d'abord

65 *Ibid.*

66 [1984] 2 RCS 335, 13 DLR (4^e) 321.

67 Sur cette obligation de consulter, voir notamment Sébastien Grammond, « La gouvernance territoriale et l'obligation constitutionnelle de consulter et d'accommoder les peuples autochtones », Colloque de l'Association de science régionale de langue française, présenté à l'Université du Québec à Rimouski, 27 août 2008 [non publié], en ligne : Association de science régionale de la langue française <<http://asrdlf2008.uqar.qc.ca/Papiers%20en%20ligne/GRAMMOND-S.pdf>>.

s'assurer que l'État remplit ses responsabilités de fiduciaire envers les autochtones. Nous pouvons donc constater que la Cour fait moins preuve de retenue envers le choix du législateur dans son analyse. Or, nous avons vu que la Cour suprême du Canada a reconnu, notamment dans l'affaire *DesRochers*, que les droits linguistiques comportaient, tout comme les droits autochtones, une obligation positive d'agir de la part du gouvernement. Cette obligation d'agir de l'État n'est évidemment pas la même en regard des droits autochtones et des droits linguistiques, mais demeure tout de même une obligation positive d'agir dans les deux cas. Compte tenu de cette similitude, nous sommes d'avis que la jurisprudence canadienne pourrait prendre en compte, par analogie, cette obligation positive d'agir de l'État à l'étape de l'analyse du test de proportionnalité dans le contexte des droits linguistiques tout comme elle le fait dans le contexte des droits autochtones canadiens.

IV. LE DROIT DES MINORITÉS

A. Les droits des minorités prévus dans les instruments internationaux

Les minorités ont pu bénéficier d'une reconnaissance et leurs membres ont vu certains de leurs droits protégés pour la première fois en 1966, grâce à l'adoption du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* [ci-après *PIDCP*]⁶⁸. Toutefois, ces droits tenaient dans le seul article 27 du *PIDCP* et n'étaient pas encore très élaborés. Il se résumait à reconnaître que « [d]ans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes [...] ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue »⁶⁹. Cette disposition prenait nécessairement en compte la dimension collective de ces droits, car les personnes dont il est question ne pouvaient les exercer qu'« en commun avec les autres membres de leurs groupes »⁷⁰. Avant l'adoption du *PIDCP*, les instruments internationaux élaborés dans le cadre des Nations Unies⁷¹ et les instruments régionaux élaborés au sein du Conseil de l'Europe⁷² et au sein de l'Organisation des États Américains⁷³ mettaient plutôt l'accent sur la protection

68 *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, art 27 [*PIDPC*].

69 *Ibid.*

70 *Ibid.*

71 *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés AG 217 (III), Doc off AGNU, 3 sess, supp n°13, Doc NU A/810 (1948).

72 *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 2 RTNU 221 [*Convention européenne des droits de l'homme*].

73 OÉA, Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, Doc off OEA/Ser.L/V/1.4 Rev.13 (1948), en ligne : <http://www.cidh.oas.org/Basicos/French/toc.htm> ; OÉA, Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, Doc off OEA/Ser.L/V/1.4 Rev.13 (1969), en ligne : <http://www.cidh.oas.org/Basicos/French/toc.htm> [*Convention américaine relative aux droits de l'homme*].

individuelle des droits de l'homme en consacrant notamment le droit pour toute personne à l'égalité et à la non-discrimination et en laissant de côté la protection spécifique des minorités. Ainsi, en vertu de ces instruments, toutes les personnes bénéficiaient de droits individuels égaux, y compris les membres des minorités, mais ces dernières ne se voyaient reconnaître aucun droit collectif ou à dimension collective.

La question de la protection des minorités a refait surface à la fin des années 80 alors que nous avons vu apparaître le développement parallèle de deux droits distincts : un droit des minorités nationales, ethniques, linguistiques et religieuses influencés par la chute du mur de Berlin et l'effondrement du Bloc soviétique en Europe ainsi qu'un droit des autochtones influencé par les revendications qui se faisaient de plus en plus entendre dans les Amériques et dans le Pacifique.

En ce qui concerne le droit des minorités, de nombreux instruments internationaux ont alors été élaborés dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies⁷⁴, du Conseil de l'Europe⁷⁵, de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE) (devenue ensuite l'Organisation sur la sécurité et la coopération en Europe (OSCE))⁷⁶ et de la Communauté européenne⁷⁷/Union européenne

74 *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, Rés AG 47/135, Doc off AGNU, 47^e sess, supp n°1, Doc NU A/RES/47/135 [Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques].

75 *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, 10 novembre 1994, STE 157 [Convention-cadre pour la protection des minorités nationales]; Conseil de l'Europe, Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Proposition pour une Convention européenne pour la protection des minorités*, CDL (1991) 007; Conseil de l'Europe, AP, 44^e sess, partie 4, *Recommandation relative au Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme sur les droits des minorités*, Textes adoptés, Rec 1201 (1993); *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, 5 novembre 1992, STE 148; Conseil de l'Europe, AP, 44^e sess, partie 4, *Recommandation relative aux Tziganes en Europe*, Textes adoptés, Rec 1203 (1993).

76 Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'Homme, *Document de la réunion de Copenhague de la conférence sur la dimension humaine de la CSCE*, 29 juin 1990 aux paras 30 et 32, en ligne : Organization for Security and Co-operation in Europe <<http://www.osce.org/fr/odhr/elections/14304>> [Document de la réunion de Copenhague]; Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, Conseil des ministres, *Charte de Paris pour une nouvelle Europe*, 21 novembre 1990, en ligne : Organization for Security and Co-operation in Europe <<http://www.osce.org/fr/mc/39517>> [Charte de Paris pour une nouvelle Europe]; Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, Conseil des ministres, *Document de Helsinki – Les défis du changement, Déclaration du sommet de Helsinki*, 9 juillet 1992, en ligne : Organization for Security and Co-operation in Europe <<http://www.osce.org/fr/mc/39531>> ; Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, Bureau du Haut Commissaire pour les minorités nationales, *Recommandations de La Haye concernant les droits minorités nationales à l'éducation*, 1^{er} octobre 1996, en ligne : Organization for Security and Co-operation in Europe <<http://www.osce.org/node/30376>> ; Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, Bureau du Haut Commissaire pour les minorités nationales, *Recommandations d'Oslo concernant les droits linguistiques des minorités nationales*, 1^{er} février 1998, en ligne : Organization for Security and Co-operation in Europe <<http://www.osce.org/fr/hcnm/67535>> ; Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, Bureau du Haut Commissaire pour les minorités nationales, *Recommandations de Lund sur la participation effective des minorités nationales à la vie publique*, 1^{er} septembre 1999, en ligne : Organization for Security and Co-operation in Europe <<http://www.osce.org/fr/hcnm/32245>> [Recommandations de Lund].

77 CE, *Résolution A3-0042/94 sur le rapport Killilea sur les minorités linguistiques et culturelles*, [1994] JOC 61/63; CE, Conseil de l'Union Européenne, *Déclaration sur les « lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux États en Europe orientale et en Union soviétique »*, Bruxelles, 16 décembre 1991.

pour définir le cadre minimal de la protection des minorités et leur accorder des droits spécifiques. En ce qui concerne les droits autochtones, deux instruments internationaux ont été élaborés au sein de l'Organisation internationale du travail [ci-après OIT] et au sein des Nations Unies : la *Convention n° 169 concernant les peuples indigènes et tribaux*⁷⁸ [ci-après *Convention n° 169*] et la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*⁷⁹. Ces deux instruments accordent non seulement des droits individuels, mais également des droits collectifs aux peuples autochtones.

Parallèlement au développement du droit des minorités au niveau international et en Europe et au développement du droit des peuples autochtones au niveau international, des instruments juridiques ont été développés dans le cadre africain pour y inclure des droits collectifs pour les « peuples » en complément de droits individuels pour les membres appartenant aux « communautés ». Toutefois, ces instruments ne visaient pas directement des minorités nationales, ethniques, linguistiques ou religieuses ni des autochtones. Enfin, aucun instrument de cette nature ou visant à octroyer des droits collectifs n'a été adopté dans le contexte interaméricain de sorte que ni les minorités ni les autochtones ne se sont vus expressément reconnaître des droits spécifiques. En conséquence, seuls les instruments consacrant des droits individuels généraux pour toutes les personnes demeurent applicables dans le contexte américain, ce qui ne veut pas dire que certaines minorités, notamment des minorités autochtones, ne s'en servent pas pour faire reconnaître certains droits collectifs⁸⁰, mais le libellé même de ces instruments n'accorde clairement de droit spécifique ni aux minorités ni aux autochtones.

Aussi, nous pouvons affirmer que les instruments juridiques qui présentent le plus de similitudes avec le libellé des dispositions qui prévoient des droits linguistiques dans la *Charte* demeurent les instruments internationaux relatifs aux minorités élaborés au sein des Nations Unies et dans le contexte européen. Nous pouvons également affirmer que les instruments juridiques internationaux qui présentent le plus de similitudes avec le libellé des droits autochtones canadiens sont les instruments relatifs aux autochtones qui ont été développés au sein de l'OIT et des Nations Unies.

78 Organisation Internationale du Travail, 76^e sess, *Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux*, Genève, 27 juin 1989 [Convention n° 169].

79 *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés AG 295, Doc off AG NU, 61^e sess, Doc NU A/61/L.67 (2007) [*Déclaration sur les droits des peuples autochtones*].

80 D'ailleurs, on constate depuis le début des années 2000 que les autochtones ont commencé à se tourner vers des instruments régionaux comme la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, supra note 73 et la *Convention européenne des droits de l'homme*, supra note 72, qui ont pourtant été rédigées dans l'objectif de protéger des droits individuels généraux, pour revendiquer des droits collectifs sur les terres et sur les ressources naturelles à partir d'un droit de propriété individuel. La jurisprudence interaméricaine s'est montrée ouverte pour inclure implicitement des droits collectifs dans ces droits individuels, alors que la jurisprudence européenne s'est plutôt montrée réticente. Voir notamment *Affaire Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v Nicaragua* (2001), Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 79, *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights: 2001*, OEA/Ser.L/V/III.54/doc.4 (2002) 29 [*Affaire Mayagna*]; *Handölsdalen Sami Village v Sweden* (déc), n° 39013/04, [2009], 49 EHRR 183 au para 40 [*Handölsdalen Sami Village*].

1. *Les instruments internationaux relatifs au droit des minorités nationales, ethniques, linguistiques et religieuses*

De façon générale, les instruments internationaux relatifs aux minorités confèrent deux obligations générales aux États :

- 1) l'obligation de protéger l'existence et l'identité des minorités⁸¹ et ;
- 2) l'obligation de favoriser l'instauration de conditions propres à promouvoir cette identité et à assurer son développement⁸².

Ces deux obligations de l'État sont complémentaires, mais peuvent se distinguer. La première obligation met l'accent sur la « protection » des minorités pour assurer leur survie, alors que la deuxième met l'accent sur l'importance de « promouvoir » et de « développer » l'identité des minorités pour le bien de ces minorités et pour le bien de la société dans son ensemble. Cette dernière obligation confère donc à l'État un rôle plus interventionniste et implique qu'il adopte des mesures positives visant à la fois à assurer la « protection » des minorités, mais aussi leur « participation ». De ce point de vue, le droit international des minorités présente des ressemblances avec les droits linguistiques canadiens : ils exigent tous deux une obligation positive de la part de l'État.

D'ailleurs, les dispositions des instruments internationaux qui prévoient ce type d'obligation spécifique fournissent des précisions sur la forme des mesures positives à adopter : la promotion et le développement de l'identité des minorités exigent l'adoption de « mesures législatives ou autres »⁸³. C'est ce qui fait dire à Asbjorn Eide le président du groupe de travail sur les minorités des Nations Unies, que cette obligation exige l'adoption de « mesures spéciales »⁸⁴ de la part de l'État ainsi qu'une relation ou des échanges continus entre les minorités, l'État et l'ensemble de la société d'un pays⁸⁵. Le contenu de ces « mesures législatives » est laissé à la discrétion de l'État. Toutefois, le choix des mesures à prendre afin de créer des « conditions propres à promouvoir cette identité » ou des « conditions propres à assurer son développement » comme le précisent les instruments internationaux,

81 Voir notamment *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, supra note 74, art 1 ; *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, supra note 75, art 5 ; Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, Conseil des ministres, *Document de clôture de la réunion de Vienne de 1986 des représentants des États ayant participé à la conférence sur la sécurité et la coopération en Europe*, 19 janvier 1989, au para 19, en ligne : Organization for Security and Co-operation in Europe <<http://www.osce.org/fr/mc/40882>> ; *Document de la réunion de Copenhague*, supra note 76 au para 33.

82 *Ibid.*

83 *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, supra note 74, art 1.2 ; *Commentaire sur la déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, Doc off Commission des droits de l'homme NU, 6^e sess, Doc NU E/CN.4/Sub.2/AC.5/2000/WP.1(2000).

84 *Ibid* à la p 7.

85 *Ibid.*

dépendra de la situation de la minorité concernée. Comme les minorités ne sont pas toutes dans la même situation, l'État devrait adopter une approche contextuelle lorsqu'il choisit les mesures à mettre en place pour respecter ses obligations.

Malgré la discrétion accordée aux États sur le contenu des mesures législatives ou autres que les États devront prendre pour parvenir aux deux objectifs de protéger et de promouvoir l'identité des minorités, plusieurs instruments internationaux précisent les sujets ou aspects qui devraient être couverts par ces mêmes mesures. Celles-ci varient d'un texte à l'autre, mais nous pouvons, à notre avis, les regrouper en deux catégories selon le type de droits qu'elles visent à accorder aux minorités: les droits de « protection » et les droits de « participation ».

Nous classons dans la première catégorie de droits que nous appelons droits de « protection », les dispositions qui prévoient l'adoption de mesures législatives ou autres visant à permettre aux personnes appartenant aux minorités ou aux minorités elles-mêmes selon le cas :

- d'utiliser leur propre langue en privé et en public dans des circonstances particulières : le processus législatif devant les assemblées législatives, les audiences devant les tribunaux ainsi que les communications avec l'administration publique et la prestation des services au public, etc. ;
- d'exprimer leurs propres particularités et de développer leur culture, leur langue, leurs traditions et leurs coutumes ;
- d'apprendre leur langue maternelle et ;
- de recevoir une instruction dans leur langue.

Ces droits servent principalement à protéger les minorités et leurs membres contre l'assimilation et à protéger l'identité des minorités en permettant à ces dernières d'exprimer leurs particularités ou leurs coutumes, mais ils peuvent également faciliter une meilleure intégration des minorités, corriger des injustices passées ou compenser pour des inégalités sociales ou économiques. Le président du groupe de travail sur les minorités des Nations Unies, Asbjorn Eide, confirme cette utilité pour ce genre de droits dans son commentaire sur la *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*⁸⁶. Ces droits de protection peuvent être des droits purement individuels ou à dimension collective, tout comme les droits linguistiques au Canada. Toutefois, certains de ces droits de protection peuvent être véritablement « collectifs », c'est-à-dire qu'ils sont accordés à des groupes en particulier. Par exemple, le droit accordé aux minorités de créer leur propre association culturelle correspond à ce type de droits collectifs de protection.

86 *Ibid* à la p 6. Il importe de préciser que les droits que nous classons dans la catégorie des « droit de protection », correspondent aussi essentiellement à ce que Will Kymlicka appelle les « droits poly-ethniques » et qui ont, selon lui, cette même utilité, à savoir permettre aux minorités d'exprimer leur particularité et favoriser leur intégration. Voir Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1995 à la p 63.

Nous classons dans la deuxième catégorie de droits que nous appelons droits de « participation », les dispositions qui prévoient l'adoption de mesures législatives ou autres visant notamment :

- à assurer que les personnes appartenant aux minorités puissent prendre une part effective aux décisions qui les concernent ou qui concernent les régions où elles vivent⁸⁷ ;
- à assurer la participation des personnes appartenant aux minorités à la vie culturelle, religieuse, sociale, économique et publique⁸⁸ et ;
- à assurer leur pleine participation au progrès et au développement économique de leur pays⁸⁹.

Ces droits servent principalement d'instruments aux minorités pour faciliter leur participation à différentes facettes de la vie de l'État, qu'elle soit culturelle, économique, politique ou sociale et leurs donnent voix aux niveaux locaux, régionaux ou nationaux. Cette participation permet aux membres des minorités de faire valoir les intérêts et valeurs de leur groupe pour exercer le plus d'influence possible sur les décisions nationales, régionales et locales afin qu'elles tiennent compte des besoins du groupe. Ces droits visent également à intégrer la diversité au sein de l'État. Ainsi, ces « droits de participation » ne sont pas à dimension collective, mais véritablement « collectifs ». En d'autres mots, pour se réaliser, ils doivent être octroyés à des groupes. C'est le cas, par exemple, des droits de gestion scolaire accordés à des minorités linguistiques ou des droits d'autonomie locale ou d'autonomie personnelle accordés à des minorités nationales. Il est vrai que les instruments internationaux dont nous traitons accordent un droit de participation à diverses facettes de la vie de l'État aux « personnes appartenant à une minorité », donc à des individus⁹⁰. Toutefois, l'interprétation de ce droit en corrélation avec les obligations plus générales conférées aux États dans ces mêmes instruments « d'assurer la protection de l'existence et de l'identité des minorités » et « de favoriser l'instauration de conditions propres à promouvoir cette identité », laisse sous-entendre que le droit de participation devrait être considéré non seulement en tant que droit individuel, mais également en tant que droit collectif de la minorité⁹¹.

87 *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, supra note 74, art 2.3 ; *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, supra note 75, art 5.

88 *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, supra note 74, art 2.2 ; *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, supra note 75, art 5 ; *Document de la réunion de Copenhague*, supra note 76, art 33 et 35.

89 *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, supra note 74, art 4.5.

90 Voir notamment *ibid*, art 3 ; *Document de la réunion de Copenhague*, supra note 76, art 35 ; *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, supra, note 75, art 15.

91 Voir notamment *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, supra note 74, art 1 ; *Document de la réunion de Copenhague*, supra note 76, art 33 ; *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, supra note 75, art 5 ; *Charte de Paris pour une nouvelle Europe*, supra note 76.

En effet, une participation « collective » est essentielle pour le développement et l'épanouissement des minorités, mais aussi pour la survie de leur identité et de leur culture. En d'autres mots, cette identité ne pourra être préservée que si la langue, la culture et la religion des minorités peuvent se développer dans des conditions similaires à celles de la majorité, ce qui implique au moins un certain contrôle sur les décisions qui intéressent plus particulièrement leur « groupe ». Or, comment pouvons-nous assurer à une personne appartenant à une minorité un droit de participation effective à la vie de l'État sur des questions qui intéressent son groupe si nous ne reconnaissons pas le même droit à ce groupe ? Afin que cette participation soit réellement « effective » sur les questions qui intéressent le groupe, elle nécessite certes que les droits accordés aient un certain poids « quantitatif » (c'est-à-dire plusieurs droits de personnes pris individuellement, réunis). Toutefois, ce n'est pas suffisant. Elle nécessite également que les droits accordés aient un poids « qualitatif ». En d'autres mots, il faut que les droits permettent à ces personnes de se concerter et de revendiquer sur un pied d'égalité avec la majorité, ce qui est le mieux pour leur groupe puisqu'il s'agit justement de questions qui intéressent le « groupe » et non seulement de questions qui intéressent les personnes appartenant à ce groupe prises individuellement. Enfin, cette participation doit également être effective sur les questions plus larges qui intéressent l'État dans son ensemble, car les minorités en font partie intégrante.

Certains experts, comme l'Institut Max-Planck⁹² et le professeur Tom Hagen⁹³ ont déjà examiné la pratique des États à ce sujet et ont dressé un inventaire des mesures prises par quelques États pour assurer la mise en œuvre de ces droits de « participation » qui confirme cette dimension collective des droits. D'autres experts, comme l'*European Centre for Minority Issues*⁹⁴ et la Fondation pour les relations interethniques du Bureau du Commissaire de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe [ci après OSCE]⁹⁵ ont formulé des recommandations visant à encourager les États à adopter des mesures concrètes propres à assurer une participation effective. Il se dégage de ces travaux des exemples qui démontrent que les instruments internationaux encouragent les États à adopter des mesures visant non seulement à assurer la participation effective des membres appartenant à une minorité, mais à assurer la participation effective des minorités de façon collective. Aussi, bien que la jurisprudence internationale n'ait pas encore interprété la portée de ces droits de « participation », les mesures adoptées par plusieurs États pour mettre en œuvre ces droits pourraient bien être le point de départ d'une coutume

92 *The Participation of Minorities in Decision-Making*, Doc off Haut-Commissariat aux droits de l'homme NU, 7^e sess, Doc NU E/CN.4/Sub.2/AC.5/2001/CRP.6 (2001).

93 *Integrative Approaches to the Accommodation of Minorities*, Doc off Haut-Commissariat aux droits de l'homme NU, 7^e sess, Doc NU E/CN.4/Sub.2/AC.5/2001/WP.6 (2001).

94 *Propositions du séminaire « Vers une participation effective des minorités »*, Doc off Haut-Commissariat aux droits de l'homme NU, 5^e sess, Doc NU E/CN.4/Sub.2/AC.5/1999/WP.4 (1999).

95 *Recommandations de Lund*, *supra* note 76.

qui reconnaît la dimension collective de ces droits⁹⁶. De ce point de vue, les droits internationaux des minorités présentent une similitude avec les droits linguistiques prévus dans la constitution canadienne et notamment avec le droit à l'éducation dans la langue de la minorité prévu à l'article 23 de la *Charte* qui a été reconnu par la Cour suprême du Canada comme incluant un droit de gestion scolaire par la minorité⁹⁷.

2. Les instruments internationaux relatifs aux autochtones

La *Convention n° 169* accorde non seulement des droits individuels, mais également des droits collectifs. En effet, elle accorde, d'une part, certains droits collectifs⁹⁸ aux « peuples tribaux et indigènes » tel le droit d'être consulté chaque fois que des mesures législatives ou administratives sont susceptibles de les affecter ; le droit de participer librement, à tous les niveaux, à la prise de décision relative aux politiques ou aux programmes qui les concernent ; le droit de décider de leurs propres priorités, de participer à l'élaboration, à la mise en oeuvre et à l'évaluation des plans et programmes de développement susceptibles de les toucher ; le droit de conserver leurs coutumes ; le droit de coopérer au développement des programmes et services éducatifs pour répondre à leurs besoins ; le droit de créer leurs propres institutions et moyens d'éducation ; ou encore, de façon générale, des droits relatifs à la propriété et à la possession des terres qu'ils occupent et des ressources naturelles.

Par ailleurs, la *Convention n° 169* accorde des droits individuels⁹⁹ « aux membres desdits peuples », « aux personnes desdits peuples », « aux travailleurs appartenant à ces peuples » ou aux « enfants des peuples » tels que des droits à l'élimination des écarts socio-économiques, des droits en matière de recrutement et conditions d'emploi, des droits en matière de formation professionnelle, des droits en matière de santé, le droit à l'éducation et le droit d'apprendre à lire et à écrire dans leur propre langue. L'application de ces nombreux droits n'est toutefois pas nécessairement assurée étant donné que le libellé de la Convention laisse souvent place à appréciation par les États, entre autres, lorsqu'elle utilise des termes tels qu'« en tant que besoin », « comme il conviendra », « si possible » ou « autant que possible »¹⁰⁰.

La *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, quant à elle, octroie également des droits individuels et des droits collectifs, mais va beaucoup plus loin que ne le fait la *Convention n° 169* de l'OIT. Cet instrument prévoit plus précisément le droit de préserver et de développer les caractéristiques culturelles des peuples autochtones et leur identité propre, la propriété et l'utilisation des

96 Pour plus de détails sur l'émergence de ce droit de participation, voir Ingrid Roy, *Vers un « droit de participation » des minorités à la « vie de l'État »?*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006.

97 Mahe, *supra* note 3.

98 Voir plus particulièrement *Convention n° 169*, *supra* note 78, art 6-8, 13-21, 27.

99 *Ibid*, art 2, 20-21, 24-26, 28.

100 *Ibid*.

terres traditionnelles et des ressources naturelles et la protection contre le génocide. Il accorde également des droits en matière de religion, de langue, d'éducation, le droit de participer à la vie politique, économique et sociale de la société, le droit à l'autodétermination, le droit à l'autonomie sur les affaires autochtones et l'obligation pour les États d'honorer les traités et les accords conclus avec les peuples autochtones. Cet instrument n'est toutefois pas contraignant.

Nous pouvons constater que ces deux instruments internationaux relatifs aux droits autochtones présentent des similitudes avec les droits linguistiques prévus dans la Constitution canadienne quant à la nature des droits qu'ils prévoient. En effet, plusieurs de ces droits sont à dimension collective ou même collectif, car ils sont accordés à un groupe. Toutefois, là s'arrête la comparaison, car les instruments internationaux relatifs aux autochtones prévoient beaucoup plus de droits que ceux qui se rattachent aux droits linguistiques et les droits collectifs sont aussi beaucoup plus étendus.

B. La justification de la violation des droits dans le contexte international

Dans les instruments internationaux, nous retrouvons des dispositions expresses qui prévoient des limitations possibles ou des dérogations uniquement à certains droits « individuels » soit par le biais d'un article général permettant de déroger à tous les articles prévus dans l'instrument international, soit par des articles spécifiques permettant de déroger uniquement à certains articles. Par exemple, l'article 4 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*¹⁰¹ permet, de manière générale, d'apporter des limites aux droits individuels prévus dans le *PIDCP* « en vue du bien-être général de la société ». De manière plus spécifique, les articles 12, 19, 21 et 22 du *PIDCP* permettent d'apporter des limites aux seuls droits individuels prévus à ces articles pour la sécurité nationale, la santé, la morale publique et la société démocratique¹⁰². De même, les articles 8 à 11 et 15 de la *Convention européenne des droits de l'homme* permettent de limiter les droits individuels prévus par ces articles pour des objectifs comme la société démocratique, la sécurité nationale, le bien-être économique, la santé, la morale et la liberté d'autrui¹⁰³.

D'autres exemples proviennent des articles 12 et 16 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* qui permettent d'apporter des limites aux droits prévus à ces articles si cela est nécessaire « à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics [sic] ou à la sauvegarde des droits ou liberté d'autrui »¹⁰⁴ ou encore de l'article 27 qui permet de suspendre les garanties convention « [e]n cas de guerre, de danger public ou dans toute autre situation de

101 *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, RT Can 1976/46 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976).

102 *PIDCP*, *supra* note 68, art 12, 19-22.

103 *Convention européenne des droits de l'homme*, *supra* note 72, art 8-11 et 15.

104 *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, *supra* note 73, art 12, 16.

crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un État »¹⁰⁵. Enfin, les articles 8, 11 et 14 de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* prévoient des limites possibles à certains droits précis dictées par « l'ordre public » par « l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté d'autrui, de la santé, de la morale ou des droits et liberté des personnes » ou encore par la « nécessité publique ou dans l'intérêt général de la collectivité »¹⁰⁶.

Toutefois, aucune disposition expresse ne prévoit de limitation à l'égard de droits à dimension collective ou de droits collectifs accordés spécifiquement à des minorités ou à ses membres. Ainsi, l'article 27 du *PIDCP* qui garantit certains droits aux personnes appartenant à des minorités ethniques, linguistiques ou religieuses ne prévoit aucune limitation semblable. De même, la *Déclaration des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques* qui garantit plusieurs droits individuels et collectifs ne prévoit aucune disposition semblable. Quant à la *Convention-cadre européenne pour la protection des minorités nationales*, elle prévoit simplement, à son article 19, un renvoi aux autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme pour les seules limites possibles, c'est-à-dire des limites à des droits individuels.

Il reste donc la possibilité d'une limitation qui découlerait implicitement de ces droits des minorités et qui pourrait être reconnue par les tribunaux internationaux comme les tribunaux canadiens l'ont fait pour les droits autochtones. Toutefois, à notre connaissance, aucun jugement n'a encore abordé cette question de la justification d'un droit collectif accordé à une minorité nationale, ethnique, linguistique ou religieuse. En conséquence, la jurisprudence internationale relative spécifiquement aux droits des minorités n'est pas utile pour déterminer la démarche particulière à suivre pour analyser la justification de la violation des droits des minorités et donc pour aider à développer des critères spécifiques pour adapter le test de *Oakes* dans le contexte des droits linguistiques. Toutefois, l'analyse du libellé même des instruments juridiques internationaux relatifs aux droits des minorités apporte un éclairage utile à notre démarche. Elle permet de constater que les droits collectifs doivent nécessairement être traités différemment des droits individuels lorsqu'il s'agit de justifier leur violation. En effet, dans tous les cas, la possibilité de justifier un droit à dimension collective ou un droit collectif n'est jamais expressément prévue, alors que cela est toujours prévu dans le cas de droits individuels.

Enfin, aucune disposition expresse ne prévoit non plus de limitation à l'égard de droits à dimension collective ou de droits collectifs accordés spécifiquement à des autochtones. En effet, ni la *Convention n° 169* ni la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* n'incluent de disposition prévoyant

105 *Ibid*, art 27.

106 *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 27 juin 1981, 21 ILM 58 (1982) (entrée en vigueur 21 octobre 1986).

la possibilité de justifier une violation des droits autochtones. Ces libellés viennent une fois de plus confirmer la nécessité de traiter différemment les droits collectifs. Il reste donc, ici aussi, la possibilité d'une limitation qui découlerait implicitement de ces droits autochtones et qui pourrait être reconnue par les tribunaux internationaux comme les tribunaux canadiens l'ont fait pour les droits autochtones canadiens. Toutefois, comme les droits prévus à la *Convention n° 169* ne peuvent être réclamés que par les travailleurs et que la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* n'est pas de nature contraignante et qu'elle ne peut pas être contrôlée par des tribunaux internationaux, aucun jugement n'a encore eu l'occasion d'aborder jusqu'à ce jour cette question de la justification de la violation d'un droit collectif autochtone en vertu de ces instruments.

Nous avons pu constater, depuis le début des années 2000, que les peuples autochtones se sont tournés vers les tribunaux régionaux de protection des droits de l'homme, notamment la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples pour faire reconnaître certains droits collectifs, notamment des droits collectifs sur les terres et les ressources naturelles. Ils ont alors fondé leurs revendications sur le droit de propriété des personnes prévu dans des dispositions qui ont été rédigées pour protéger des droits individuels généraux des droits de l'homme, à savoir l'article 1 du Protocole n° 1 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, l'article 21 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* et l'article 14 de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*.

La Cour européenne des droits de l'homme a refusé de voir des droits collectifs dans ce droit individuel de propriété¹⁰⁷. Par contre, la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples se sont montrées beaucoup plus ouvertes à cette interprétation¹⁰⁸. Elles ont reconnu que ce droit de propriété pouvait inclure un droit collectif sur les terres et les ressources naturelles pour les autochtones et ont jugé que ces droits collectifs entraînaient même une obligation positive de la part de l'État notamment celle de consulter les autochtones¹⁰⁹ et même celle d'obtenir leur consentement¹¹⁰ dans certains cas dans le cadre de projet d'envergures en matière de développement. Elles ont ainsi élargi la portée des dispositions d'instruments qui protégeaient des droits individuels généraux pour y inclure des droits spécifiques pour les

107 Voir notamment *Handölsdalen Sami Village*, *supra* note 80 au para 40.

108 Voir notamment *Affaire Mayagna*, *supra* note 80; *Comunidad Indígena Yakye Axay Paraguay* (2005), Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 125, en ligne : Inter-American Court of Human Rights <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.pdf> [*Affaire Comunidad*]; *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya*, African Commission on Human and Peoples, 276/2003, 2010, en ligne : Refworld <<http://www.unhcr.org/refworld/publisher/ACGPR,,,4b8275a12,0.html>> [*Centre for Minority Rights Development (Kenya)*].

109 *Affaire Comunidad*, *supra* note 108.

110 *Centre for Minority Rights Development (Kenya)*, *supra* note 108.

peuples autochtones. Ce faisant, ces instances régionales ont été amenées à vérifier la justification de la violation de ces droits collectifs implicites. Toutefois, il est intéressant de constater que les instances internationales ont adapté le test de justification des violations de droits individuels à la nature collective des droits qu'elles venaient de reconnaître. Ainsi, elles ont appliqué une approche stricte du test de proportionnalité et ont tenu compte des obligations positives de l'État à l'intérieur de ce test. C'est ainsi que la Cour interaméricaine des droits de l'homme a reconnu que l'atteinte ne pouvait pas être minimale si la mesure prise par l'État n'avait pas été prise en consultation avec la population autochtone¹¹¹. Or, bien qu'elles aient interprété des droits collectifs à partir de droits individuels, ces instances ont confirmé l'approche adoptée par les tribunaux canadiens à l'égard des peuples autochtones depuis l'affaire *Sparrow* lorsqu'il s'agit de vérifier la justification de la violation du droit collectif prévu à l'article 35 de la Charte.

Il est clair que les instruments régionaux relatifs aux droits de l'homme utilisés par les autochtones ici ne prévoient pas des droits de même nature que les droits linguistiques canadiens. Les droits de l'homme généraux prévus dans la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* et la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* incluent des droits individuels, alors que les droits linguistiques prévus dans la Charte incluent des droits à dimension collective ou des droits collectifs. En conséquence, il est difficile d'établir un parallèle entre le libellé des dispositions de ces instruments régionaux et ceux des droits linguistiques prévus dans la Constitution canadienne ainsi que la jurisprudence régionale sur le sujet ne semble pas pertinente non plus. Nous sommes d'avis que la jurisprudence canadienne sur les droits autochtones canadiens est beaucoup plus pertinente. Elle applique directement des droits de même nature que les droits linguistiques, à savoir des droits collectifs. Toutefois, comme la jurisprudence régionale vient confirmer l'approche de la jurisprudence canadienne à l'égard des autochtones lorsqu'il s'agit de vérifier la justification de la violation de leurs droits, elle apporte un indice supplémentaire nous permettant de conclure qu'il est nécessaire d'envisager la justification d'une violation d'un droit collectif de manière différente à la justification d'une violation d'un droit individuel.

V. ANALYSE COMPARATIVE ENTRE L'APPROCHE DE LA JUSTIFICATION DE LA VIOLATION DE CHACUN DES TROIS DROITS : DROITS LINGUISTIQUES, DROITS AUTOCHTONES CANADIENS ET DROITS DES MINORITÉS AU NIVEAU INTERNATIONAL

Les droits linguistiques, les droits autochtones canadiens et les droits des minorités au niveau international présentent des **similitudes**. En effet, nous pouvons constater du bref survol que nous venons de faire que :

111 *Affaire Comunidad*, *supra* note 108.

- 1) Les droits linguistiques, les droits autochtones canadiens et les droits internationaux des minorités **comportent tous des droits à dimension collective qui impliquent des obligations positives de la part de l'État.** En effet, en droit international, les droits collectifs ou à dimension collective impliquent des obligations positives de l'État envers les minorités nationales, ethniques, linguistiques et religieuses qui découlent de l'obligation plus large de protéger leur existence qui est prévue expressément dans tous les instruments internationaux. Au Canada, l'État a une obligation de protection envers les autochtones qui découle des rapports fiduciaires créés par l'histoire, les traités et les textes législatifs. La Cour suprême du Canada dans l'affaire *Sparrow* a jugé que ces rapports incluaient une obligation pour le gouvernement de consulter les communautés autochtones lorsque des mesures risquaient de les affecter. Quant aux droits linguistiques, ils impliquent également des obligations positives de l'État qui découlent du principe de protection des minorités sous-jacent à la constitution canadienne. La Cour a même jugé, dans l'affaire *DesRochers*, que l'obligation d'offrir des services de qualité égale exigeait parfois un traitement différent et pouvait inclure une obligation de tenir compte des besoins des communautés de langue officielle et même une obligation de les consulter dans certains cas.
- 2) **Les trois droits permettent une certaine limitation des droits.** Dans le cas des droits linguistiques, cette limitation est prévue expressément à l'article premier de la *Charte*, alors que dans le cas des droits autochtones canadiens et du droit international des minorités, cette limitation découle plutôt implicitement des droits. En effet, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'est pas inclus dans la *Charte* de sorte que l'article premier de la *Charte* ne s'applique pas à cette disposition, contrairement aux articles 16 à 23 de la *Charte*. Quant aux clauses expresses de limitation des droits dans les instruments internationaux, elles s'appliquent uniquement à certains droits individuels et ne s'appliquent pas aux droits des minorités nationales, ethniques, linguistiques et religieuses ni au droit international des peuples autochtones, contrairement à l'article premier de la *Charte* qui s'applique à toutes les dispositions de la *Charte*, y compris aux droits linguistiques. Par contre, il n'est pas exclu que des limitations puissent découler implicitement des droits des minorités et être reconnues par les tribunaux internationaux comme les tribunaux canadiens l'ont fait pour les droits autochtones. D'ailleurs, des instances régionales qui ont reconnu implicitement des droits collectifs pour les autochtones à partir de droits individuels ont également reconnu implicitement que nous pouvons justifier la violation de ces droits collectifs implicites. Une chose est claire cependant : le libellé des instruments internationaux confirme que nous ne voulons pas appliquer exactement le même test pour justifier la violation de droits collectifs et justifier la violation de droits individuels.

En conséquence, si nous appliquons les règles du droit international relatif aux minorités au Canada, les limitations des droits linguistiques ne devraient pas être envisagées de la même façon que les limitations aux autres droits individuels prévus à la *Charte*. La question est de savoir quelle devrait être cette « autre façon » d'envisager la justification d'une limitation d'un droit collectif. À ce chapitre, l'analogie avec le droit autochtone canadien nous donne des pistes de solutions pertinentes compte tenu de la dimension collective des trois droits et des obligations positives de l'État dans le contexte de ces trois droits. Ainsi, le test développé dans l'affaire *Sparrow* pourrait s'appliquer, par analogie, dans le contexte des droits linguistiques. En d'autres mots, le test de l'article premier de la *Charte* tel que défini dans *Oakes* pourrait être adapté, dans le contexte des droits linguistiques, pour ajouter à l'analyse de la proportionnalité la prise en considération de l'« obligation positive » de l'État envers le maintien et l'épanouissement des communautés de langues officielles. Ainsi, l'analyse plus stricte du test de proportionnalité dans le contexte des droits linguistiques pourrait se justifier par la nature particulière de ces droits.

VI. CONCLUSION

La jurisprudence canadienne sur la question de la justification de la violation d'un droit linguistique en vertu de l'article premier de la *Charte* est encore à un stade embryonnaire et les tribunaux n'ont pas encore eu l'opportunité de s'interroger sur la question à savoir si le test de *Oakes* était véritablement approprié pour justifier la violation de droits collectifs comme les droits linguistiques étant développés dans le contexte de droits individuels. L'analyse comparée avec le droit autochtone canadien et le droit des minorités au niveau international a permis de déceler des indices intéressants afin de répondre à cette question.

Le droit international nous indique que nous ne pouvons pas envisager la justification de la violation de droits collectifs de la même façon que pour des droits individuels. Le droit autochtone nous indique, quant à lui, que dans le cas où un droit collectif implique une obligation positive de l'État, l'analyse d'un test de proportionnalité doit se faire de manière stricte afin de tenir compte de cette obligation positive. Si la justification est possible autant pour les droits individuels prévus à la *Charte* que pour les droits collectifs, tels que les droits linguistiques, le test ne peut pas être exactement le même.

À notre avis, l'article premier de la *Charte* est suffisamment souple pour permettre une adaptation du test de *Oakes* en fonction de cette différence. Comme les droits linguistiques impliquent une obligation positive de l'État d'assurer le développement et l'épanouissement des communautés de langue officielle, le test de proportionnalité devrait en tenir compte, à notre avis. Ainsi, la Cour devrait vérifier si l'État a tenu compte des impacts de sa mesure sur la communauté ou même, dans certains cas, s'il l'a consultée avant de l'adopter pour bien juger de la proportionnalité. Bien que la Cour suprême du Canada n'ait pas explicitement

indiqué cette ligne de conduite, il ressort implicitement de sa jurisprudence sur le sujet que c'est l'approche qu'elle a choisi d'adopter. Bien que le nombre de jugements ayant traité de la justification de la violation d'un droit linguistique au Canada soit encore peu élevé à ce jour, ils vont tous dans le même sens : la Cour adopte une approche stricte du test de proportionnalité dans le contexte de la violation de droits linguistiques. Toutefois, ces jugements ne donnent aucune indication des motifs au soutien de cette approche. Nous espérons que, dans les prochains jugements, les tribunaux pourront finalement justifier cette approche par la nature particulière de ces droits de manière à ce que la jurisprudence demeure constante en regard des droits linguistiques.

Cela dit, même si les tribunaux acceptaient d'adapter le test de *Oakes*, dans le contexte de l'analyse de la justification d'une violation d'un droit linguistique, pour tenir compte de l'obligation positive de l'État et même s'ils acceptaient de reconnaître officiellement cette prémisse dans leur jugement d'autres interrogations demeurerait encore sans réponse en regard de l'application du test. Ainsi, à l'étape de l'analyse de l'importance des objectifs, nous pouvons nous demander quels types d'objectifs pourraient être invoqués. Nous savons déjà que l'objectif d'éviter des dépenses prohibitives relatives à la traduction ou la formation dans les deux langues officielles ou pour éviter d'autres inconvénients administratifs a clairement été écarté par la jurisprudence et que l'objectif de protéger la vulnérabilité de la langue française dans un contexte nord-américain fortement anglais a été reconnu dans l'affaire *Nguyen*. Toutefois, nous pouvons nous demander si les tribunaux jugeraient suffisamment important un objectif comme celui visant à assurer la connaissance ou l'enseignement de la langue de la majorité, comme celui visant à assurer l'intégration dans la société ou encore comme celui visant à protéger le multiculturalisme ou favoriser l'interculturalisme ?

À l'étape de l'analyse du test de proportionnalité qui inclut trois sous-questions se rapportant au lien rationnel, à l'atteinte minimale et à la proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques des mesures, nous pouvons aussi nous demander quels types d'arguments pourraient recevoir un écho favorable de la part des tribunaux. Nous avons déjà indiqué qu'à notre avis l'analyse devrait soupeser des droits à dimension collective ou même des droits collectifs de la minorité et d'autres droits collectifs, notamment ceux de la société dans son ensemble. Nous avons indiqué également que cette analyse devrait se faire de manière stricte de façon à prendre en considération l'atteinte aux droits, mais également l'obligation corrélative de l'État de prendre des mesures positives. Ainsi, des preuves devraient être déposées au sujet des mesures mises en place pour respecter cette obligation positive. Quels types de preuves pourraient être suffisants pour avoir un impact sur l'évaluation du degré de l'atteinte et pourraient permettre de conclure à la justification de cette atteinte ? L'analyse devrait prendre en considération également le fait que les droits linguistiques comportent déjà des limites. Ils ne visent que certains domaines (processus législatif, tribunaux, services gouvernementaux et éducation dans la langue de la minorité). Pour la

plupart, leur application est limitée au fédéral et à certaines provinces (Québec, Manitoba, Nouveau-Brunswick). Enfin, certains de ces droits ne sont applicables qu'à certaines conditions de nombre (demande importante à l'article 20 de la *Charte* et nombre suffisant à l'article 23 de la *Charte*). En conséquence, ces limites intrinsèques devraient-elles avoir également un impact sur l'évaluation du degré de l'atteinte ? Comme ces droits seraient considérés être un minimum, deviendrait-il alors plus difficile de les limiter ?

Enfin, comme l'excuse des coûts a été écartée de l'analyse de l'importance de l'objectif, une preuve des coûts ne devrait pas être pertinente non plus dans l'analyse de la proportionnalité des effets. Ainsi, quels autres types d'effets bénéfiques et préjudiciables des mesures resteraient-ils à évaluer ? Quels types de preuves devraient être déposés à ce sujet ? Des preuves démographiques, des preuves sociologique ou même psychologique sur les impacts sur les communautés ? Les tribunaux auront tôt ou tard à faire face à ce genre de questions. Nous osons espérer toutefois que la nature particulière des droits linguistiques ne sera pas oubliée et que les tribunaux le confirmeront en acceptant d'adapter clairement le test de *Oakes* dans le contexte de la justification de la violation de droits