

Francophone minoritaire en droit canadien : une question de choix ?

Pierre Foucher

Number 35-36, 2010–2011

Inclusion, identité et vitalité : repenser la participation à la francophonie canadienne

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1005965ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1005965ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Institut franco-ontarien

ISSN

0708-1715 (print)

1918-7505 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Foucher, P. (2010). Francophone minoritaire en droit canadien : une question de choix ? *Revue du Nouvel-Ontario*, (35-36), 47–67.
<https://doi.org/10.7202/1005965ar>

Francophone minoritaire en droit canadien : une question de choix?

Pierre Foucher

Université d'Ottawa

Une réflexion sur l'inclusion et la définition de la francophonie canadienne ne peut faire l'économie d'un regard sur le droit qui encadre cette question. En effet, par les limites qu'il impose forcément, le droit agit soit comme un catalyseur soit comme une barrière protectrice. Au Canada, ce cadre juridique permet-il dans son état actuel de repenser la francophonie canadienne, de la projeter dans de nouvelles dimensions? Aide-t-il à structurer une identité collective de ce Canada français qui n'ose pas dire son nom? Jusqu'à quel point permet-il ou empêche-t-il une redéfinition de l'identité francophone? L'essence du propos montrera que le droit ne pose présentement aucun obstacle à un élargissement, le plus vaste possible, de la notion juridique de « francophone », sinon peut-être en matière scolaire.

Rapport entre droit et définitions

Le rapport entre droit et définitions est symbiotique : le droit ne peut jamais faire l'économie d'une définition. Si celle-ci ne se trouve pas dans les textes, la jurisprudence ou la doctrine se chargeront d'en tracer le contour. En cherchant à partager le mien et le tien, en cherchant à répartir dans la société les bénéfices et les charges, le droit doit nécessairement dire à qui il s'adresse. Pour dire ce qui me revient, le texte juridique doit préciser sur quel critère il va m'identifier : si je ne réponds pas au critère, je n'ai pas droit au bénéfice. Or, qui définit, exclut. Ainsi la base de ces exclusions devient elle-même assujettie au droit : est-elle discriminatoire? Contraire à une règle déjà posée? Si oui, cette discrimination est-elle justifiée par une situation particulière, un impératif supérieur, un motif suffisant? Ces débats agitent la doctrine en droits des minorités et a des conséquences

pratiques : s'il est justifié de contraindre les droits et libertés de la personne – les droits individuels – au nom de droits collectifs d'une minorité, alors certaines règles *a priori* discriminatoires seront maintenues en vigueur. Par exemple, dans l'*Affaire linguistique belge*¹, la Cour européenne des droits de l'Homme accepte une règle selon laquelle il est interdit d'enseigner en français en région flamande : les droits collectifs des Flamands justifient une restriction aux droits individuels de tous les Belges. Dans *Kitok c. Suède*², le Comité des droits de l'Homme des Nations-Unies reconnaît qu'une règle applicable à tous relative à l'élevage des rennes a un effet négatif sur les Sami de Laponie et ne doit pas leur être appliquée. Généralement parlant, il est admis que les régimes de langues officielles ne sont pas assujettis aux droits fondamentaux classiques : on ne peut donc pas contester une exigence de bilinguisme ou d'unilinguisme dans la langue officielle pour un emploi dans la fonction publique.

Qui plus est, comment la définition sera-t-elle interprétée elle-même? Largement? Restrictivement? Sur la foi de quels principes, de quelles preuves? Tels sont les débats qui agitent, par exemple, les tribunaux autour de la définition des ayants-droit constitutionnellement qualifiés pour fréquenter l'école de langue anglaise au Québec et dont on trouve les arguments dans les récentes affaires *Solski*³ et *Gosselin*⁴ à la Cour suprême du Canada et *N'Guyen* (H.N.)⁵ et *Bindra* (T.B.)⁶ à la Cour d'appel du Québec.

¹ *Affaire linguistique belge*, Cour européenne des droits de l'Homme, Jugement du 23 juillet 1968, Série A, n° 6.

² *Kitok c. Suède*, Assemblée générale des Nations-Unies, Documents officiels, 43^e session, supplément n° 40 (A/43/40), Annexe 7, section G, communication 197-1985, constatations adoptées le 27 juillet 1988.

³ *Solski c. Québec (Procureur général)* [2005] 1 R.C.S. 201.

⁴ *Gosselin (tuteur) c. Québec (Procureur général)* [2005] 1 R.C.S. 238.

⁵ *H.N. c. Québec (Procureur général)* [2007] QCCA 1111.

⁶ *Bindra c. Québec (Procureur général)* [2007] 2007 QCCA 1112.

Recherche d'une définition de « minorité » en droit international

Lorsqu'il s'agit de minorités, en particulier de minorités linguistiques, le droit éprouve une immense difficulté à faire son lit. La communauté internationale, malgré plusieurs efforts notoires et répétés, n'a jamais pu s'entendre sur une définition juridique commune du concept de minorité et y a donc renoncé : les textes juridiques internationaux qui s'adressent aux minorités ne définissent pas le terme. L'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁷, par exemple, parle de « personnes appartenant à des minorités nationales, ethniques, religieuses ou linguistiques », expression reprise dans la *Déclaration internationale des droits des minorités* de 1992⁸; les catégories sont fixées mais les termes ne sont pas définis. Qu'est-ce qu'une langue? Qui est minoritaire? Devant ce vide textuel, la jurisprudence, qui a horreur du vide, se réfère à la définition proposée par un professeur italien, Francesco Capotorti, qui proposait, dans un rapport remis aux Nations-Unies en 1979, qu'une minorité soit définie comme étant :

- un groupe de personnes
- qui sont ressortissantes d'un État
- qui entretiennent des liens anciens, solides et durables avec cet État
- qui possèdent des caractéristiques ethniques, religieuses ou linguistiques communes
- différentes de celles du reste de la population
- qui sont numériquement inférieurs
- qui sont en position non dominante
- qui manifestent le désir de préserver ces caractéristiques⁹

⁷ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Assemblée générale, résolution 2220A (XXI) du 16 décembre 1966, <http://www.ohchr.org/french/law/ccpr.htm> (consulté le 6 février 2009).

⁸ *Déclaration internationale des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, Assemblée générale, résolution 47-135 du 18 décembre 1992, <http://www.ohchr.org/french/law/minorites.htm> (consulté le 6 février 2009).

⁹ Francesco Capotorti, *Étude des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, rapport présenté à la sous-commission de lutte contre la

Cette définition comporte donc quelques points de repère. Tout d'abord, une minorité se définit par rapport à un pays. Les Anglo-Québécois ne sont pas une minorité au sens de cette définition, une position d'ailleurs confirmée dans *Ballantyne c. Canada*¹⁰, une décision du comité des droits de l'Homme des Nations-Unies, l'instance internationale formée d'experts indépendants ayant pour mandat de trancher les plaintes de violation du Pacte international. Ensuite, une minorité est en nombre inférieur au reste de la population de l'État concerné et en position non dominante, cette dernière condition visant à écarter de l'accès à l'arsenal des droits des minorités celles qui occupent une position dominante dans un État, comme les Blancs d'Afrique du Sud au temps de l'apartheid. La question de la citoyenneté pose problème. Si le consensus international semble pour l'instant vouloir réserver le statut de minorité nationale aux seuls citoyens, excluant donc les immigrants non naturalisés, les travailleurs migrants, les réfugiés, un comité d'experts de la Commission de Venise¹¹, analysant la *Convention cadre relative aux droits des minorités nationales* du Conseil de l'Europe¹², a recommandé d'élargir la protection juridique des minorités à ces catégories de personne, au cas par cas et en fonction de la nature de chaque droit¹³, conclusion avalisée par la Commission elle-même.

Une minorité étant un groupe, les droits reconnus devraient donc être des droits collectifs. Pourtant, le droit international, de même d'ailleurs que le droit canadien, hésite profondément à accepter le concept même de droits collectifs; il préfère conférer des droits individuels qui s'exercent

discrimination et de la protection des minorités des Nations-Unies, Doc. E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, 1979.

¹⁰ *Ballantyne c. Canada*, CCPR/C/47/D/359/1989, constatations adoptées le 5 mai 1993, [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/857ee47590f53146802566e20034649c?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/857ee47590f53146802566e20034649c?Opendocument) (consulté le 24 septembre 2007).

¹¹ Le nom officiel de cet organisme d'experts indépendants est « La commission pour la démocratie par le droit ».

¹² *Convention cadre pour la protection des minorités nationales*, Conseil de l'Europe, STE 157, 1^{er} février 1995.

¹³ CDL-AD 2007-001, 18 janvier 2007, [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD\(2007\)001-f.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)001-f.asp) (consulté le 6 février 2009).

« en commun avec les autres membres du groupe ». Enfin, le droit international pose en principe absolu, le droit de choisir d'appartenir ou non à une minorité et le droit de ne pas être pénalisé en raison de ce choix¹⁴.

Le concept juridique de minorité regroupe donc à la fois des conditions subjectives (volonté du groupe et de ses membres) et objectives (partage de certaines caractéristiques communes, différentes de celles de la majorité, dans le contexte d'un État). Des personnes mal intentionnées pourraient revendiquer un statut de minoritaire uniquement pour obtenir un accès privilégié à certaines ressources ou à certains programmes que l'État destine à des minorités, ou encore pour s'inclure dans les institutions de la minorité dans le seul but de saborder de l'intérieur les efforts des minoritaires pour maintenir en vie leur langue et leur culture.

Deux raisons peuvent être avancées pour expliquer l'impuissance de la communauté internationale des juristes à se mettre d'accord sur une définition de « minorité » que l'on pourrait coucher dans un texte juridique. D'abord, elle a vite été confrontée à l'extrême diversité des situations à travers le monde. En Afrique, par exemple, on n'accepte généralement pas le concept de minorité : les États comptent des dizaines, voire des centaines d'ethnies, certaines en position plus dominante que les autres mais aucune ne pouvant revendiquer le statut de majoritaire. Comment, dans ce contexte, structurer des droits pour des minorités? Ensuite, il est difficile de définir ce qu'est une minorité, parce que la communauté juridique estime que le statut de minoritaire est une question de fait, dont on doit faire la preuve. Les juristes estiment que la minorisation est un fait social qui nécessite une intervention juridique quand ce fait social crée des déséquilibres et des injustices, voire menace la paix¹⁵, rendant nécessaire l'intervention du législateur. Enfin, la Deuxième Guerre mondiale a montré au monde le risque de dérapage que peut entraîner

¹⁴ Article 3 de la *Déclaration*, *op. cit.*

¹⁵ Pierre Foucher, « Les gardiens de la paix. La cour suprême du Canada et la politisation du contentieux linguistique », dans *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Institut canadien d'administration de la justice, Montréal, Thémis, 2000, p. 127-160.

une dérive nationaliste outrancière et beaucoup d'efforts et de réflexion sont entrés dans la lutte contre la discrimination et le racisme, reléguant loin derrière toute préoccupation envers les droits des minorités.

Fédéralisme canadien et définition du Canada français

Précisons d'emblée que s'il existe encore, le Canada français n'a pas du tout la même configuration et la même dimension politique et nationale que sa « version début 20^e siècle ». Il s'agit d'une re-fédéralisation d'identités communautaires elles-mêmes en pleine recomposition, à la suite de choix individuels et collectifs influencés par divers facteurs qui sont étudiés au sein d'autres disciplines. Le modèle fédéral présente un cadre institutionnel et juridique permettant de reconstruire et de réunir des entités autonomes dans une structure où la souveraineté, entendue comme la compétence de sa compétence, est partagée. La francophonie canadienne présente certains éléments propres au cadre fédéral : autonomie juridique des associations membres, regroupement au sein d'une instance nationale¹⁶, partage de traits communs et valorisation des identités régionales. Il y manque cependant certains éléments d'un véritable fédéralisme constitutionnel : une assemblée législative élue au suffrage universel, une chambre haute représentative des régions, un partage rigide des pouvoirs et une formule de modification.

Par contre, les institutions juridiques nationales ne font pas de place formelle à la réalité des francophones au Canada. Ni la Constitution ni les institutions ne vont au-delà d'une reconnaissance implicite de la spécificité québécoise ou du fait que, comme le dit la Cour fédérale dans *Raiche*¹⁷, la dualité linguistique doit être un des facteurs de découpage des circonscriptions électorales. Certaines grandes institutions culturelles fédérales, comme le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) ou Téléfilm, gèrent

¹⁶ La Fédération des communautés francophones et acadiennes du Canada (FCFA).

¹⁷ *Raiche c. Canada* [2004] CF 679, [2005] 1 R.C.F. 93.

des programmes qui fonctionnent sur une base dualiste, mais cela n'est pas formellement garanti. L'autonomie acadienne est partiellement reconnue à l'article 16.1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁸, mais au Nouveau-Brunswick seulement et dans une forme édulcorée; qui plus est, cette autonomie s'arrête aux institutions culturelles et éducatives, possiblement aussi administratives, mais non aux institutions gouvernementales ou politiques. Les tenants d'une thèse forte de l'autonomie qui voient en l'article 16.1 le socle de la dualité au sein de plusieurs ministères du Nouveau-Brunswick font, à notre avis, fausse route. Les raisons juridiques en sont nombreuses et dépassent le cadre de ce texte; disons simplement qu'un ajout à la Charte ne peut avoir bouleversé à ce point les structures constitutionnelles fondamentales sur lesquelles repose la fonction publique, comme la responsabilité ministérielle et les prérogatives de la Couronne en matière de création et d'organisation du gouvernement, développées notamment par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Fraser*¹⁹ et *Syndicat des employés de la fonction publique d'Ontario*²⁰, qu'il faille maintenant considérer que la dualité s'impose dans certains ministères provinciaux qui intéressent de près les Acadiens et les Acadiennes. L'argument d'une telle nécessité constitutionnelle, fondée sur le principe non écrit de protection des minorités est certes séduisant, mais encore fragile en droit.

Le droit constitutionnel canadien a effectivement bien failli donner à ce Canada français une dimension juridique explicite lorsque l'Accord du Lac Meech, première mouture, a reconnu un « Canada d'expression française », formulation qui, on le sait, a été changée pour « des Canadiens d'expression française²¹ » à la grande joie de ceux et celles qui prônent

¹⁸ *Charte canadienne des droits et libertés*, édictés comme l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1981, ch. 11 (R.-U.).

¹⁹ *Fraser c. Commission des relations de travail dans la fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455.

²⁰ *Procureur général de l'Ontario c. S.E.F.P.O.* [1987] 2 R.C.S. 2.

²¹ Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillette, *Droit constitutionnel*, 5^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 2005, p. 1237.

un seul Canada plutôt que deux²². Ce changement est plus que sémantique, il reflète une conception idéologique d'une nation commune composée d'individus qui parlent l'une ou l'autre des langues officielles, tandis que la version originale reconnaissait la thèse des deux nations, même si au Québec elle fût quand même accueillie avec scepticisme²³.

Quoi qu'il en soit, ces deux définitions sont restées sur les tablettes de l'histoire, mais elles sont loin d'y prendre la poussière, puisqu'elles reflètent les tensions constantes que manifeste le droit à l'égard de la nature du pays, tensions qui reviennent hanter le débat juridique et politique.

Minorités en droit canadien : débuts balbutiants, explosion récente

Le Canada s'est structuré à partir de deux grandes communautés linguistiques que les faits politiques ont placé dans une position tantôt majoritaire, tantôt minoritaire : les anglophones et les francophones, dans l'ignorance complète jusqu'à une époque récente des droits collectifs des autochtones qui n'étaient pas considérés comme des groupes à part entière ayant droit au maintien de leur langue, de leurs structures politiques et de leurs institutions. Avant 1867, le concept de minorité n'existait même pas dans l'imaginaire collectif en tant que facteur de structuration d'identité. Ce concept s'est affirmé au sortir de la Première Guerre mondiale, alors que le redécoupage des frontières en Europe avait déplacé des populations d'un État à un autre, les « coupant » pour ainsi dire de leur « peuple-frère ». Au Canada-Uni, dans le langage de ce milieu du 19^e siècle qui a vu naître le projet de fédération canadienne, les politiciens et les juristes parlaient surtout des « races » française et anglaise. Dispersés puis revenus, les Acadiens s'occupaient à panser leurs plaies et à rebâtir leur vie, à l'abri du drame qui les avait frappés. Les Québécois furent numériquement majoritaires entre 1774 et 1791, autonomes entre 1791 et 1839, à quasi-égalité entre 1840 et 1867,

²² Catherine Swinton et Carol Rogerson (dir.), *Meech Lake : Competing constitutional visions*, Toronto, Carswell, 1988.

²³ Brun, Tremblay et Brouillette, *op. cit.*, p. 217.

puis autonomes de nouveau par le choix de la structure fédérale en 1867. Il n'est pas surprenant, dans ce contexte, que la constitution canadienne originale soit muette sur la question. Même l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui protège les droits acquis de « classes particulières de personnes relativement aux écoles séparées », n'emploie pas le terme « minorité » ni n'y fait référence. Le droit de dissidence scolaire ayant permis la création de Conseils scolaires séparés au Québec et en Ontario était mis en œuvre quand un certain nombre de co-religionnaires de confession différente de celle de la majorité du district scolaire en faisait la demande. L'Ontario français et catholique a cru à tort que sa langue serait aussi protégée par ce système. L'Ouest canadien, d'abord en 1869 au Manitoba puis en 1875 aux Territoires du Nord-Ouest²⁴, céda aux mêmes sirènes. Dans *Mackell*²⁵, le verdict du plus haut tribunal de l'époque, le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres, tomba : la définition de la « classe de personnes » protégée par la constitution de 1867 visait seulement des groupes réunis par la religion et tout autre critère, y compris le critère linguistique, était exclu de la définition, donc exclu de la protection du droit constitutionnel. Les législatures provinciales pouvaient donc imposer l'enseignement dans une seule langue. Hors-Québec, elles ne s'en privèrent pas²⁶. Au Québec, aucune langue d'enseignement ne fut jamais proscrite, mais l'accès à des écoles de langue anglaise ne fut limité qu'à partir de 1974 avec la loi 22, puis en 1977 avec la loi 101²⁷.

Depuis 1969, les choses ont changé. Des lois linguistiques ont commencé à être adoptées, souvent précédées de politiques internes des gouvernements et suivies de droits constitutionnels. À ces législateurs s'est posée une question fondamentale : comment définir à qui pourrait s'adresser une loi linguistique? L'approche choisie par le législateur a

²⁴ Voir l'historique dans *R. c. Caron*, 2008 ABPC 232.

²⁵ *Roman Catholic Separate School Trustees c. Mackell*, [1913] A.C. 63.

²⁶ Voir l'historique de chaque province dans Pierre Foucher, *Droits scolaires des minorités de langues officielles au Canada*, Ottawa, Communications Canada, 1985.

²⁷ *Charte de la langue française*, L.R.Q. c. C-11 (loi 101).

consisté à faire comme en droit international et à renoncer à toute tentative de définition de ce qui pourrait constituer une « minorité linguistique ». On a renoncé d'ailleurs au concept même, pour privilégier la voie de l'égalité juridique. L'idée de base consistait à dire que si le Canada devait continuer comme entité politique, les francophones devraient sentir que le gouvernement fédéral était aussi « leur » gouvernement. L'octroi d'un statut de langue officielle au français, avec sa charge symbolique, assorti de mesures pour que le gouvernement fédéral puisse servir les francophones dans leur langue lorsqu'ils le désirent, se voulait une façon de légitimer la présence des francophones au Canada. L'égalité des langues rompait le déséquilibre en faveur de l'anglais, se cantonnait aux langues elles-mêmes (choisir une langue recèle moins de connotation négative qu'identifier une population sur une base ethnique) et faisait appel à une notion connue en droit : celle de l'égalité réelle et de la non-discrimination. Cela n'a peut-être pas suffi à calmer les velléités séparatistes des nationalistes québécois, mais cela a modifié l'image que la francophonie canadienne pouvait avoir d'elle-même et a permis la transformation du tissu social de ses communautés. En effet, l'égalité fut et demeure le fer de lance des revendications des communautés francophones à travers le Canada : il s'agit bien, comme le signale la Cour suprême du Canada dans *Beaulac*²⁸, dans *Arsenault-Cameron*²⁹ et dans *Desrochers*³⁰, d'une égalité réelle et non formelle, d'un traitement équivalent et non identique.

Le francophone en droit linguistique canadien

Le régime juridique issu des réflexions conduites dans les années 1960 adopte une position soi-disant neutre à l'égard des communautés, les laissant à l'arrière-plan, à titre de substrat de la loi. Mais alors que la *Charte de la langue française du Québec*³¹ évitait carrément et sciemment de conférer des droits aux locuteurs de langues autres que le français,

²⁸ *R. c. Beaulac* [1999] 1 R.C.S. 768.

²⁹ *Arsenault-Cameron c. P.E.I.* [2000] 1 R.C.S. 3.

³⁰ *Desrochers c. Canada* 2009 CSC 8.

³¹ L.R.Q. c. C-11 (loi 101).

en prévoyant uniquement les situations ou les circonstances où l'on pouvait employer une langue autre que celle-là, les lois des langues officielles ont reconnu des droits de nature linguistique à toute personne qui choisit d'utiliser l'une ou l'autre. Ainsi quiconque choisit de parler une de ces langues profite de ce droit. *A priori*, le caractère non contraignant de ce droit est évident, de même que sa nature individuelle : chaque personne est libre, quelle que soit son appartenance ethnique ou son origine, de transiger avec les institutions étatiques dans la langue officielle de son choix. La loi 101 ne diffère pas sur ce plan : les personnes physiques (non pas les associations ni les entreprises) seront servies par l'administration dans la langue qu'elles utilisent pour communiquer avec elle.

La Cour suprême du Canada a confirmé cette approche axée sur le libre choix des individus, dans deux affaires. Dans *Beaulac*³², au sujet du droit au procès criminel dans la langue, elle a dit que la « langue de l'accusé » est un choix subjectif et personnel; le tribunal ne questionne pas l'identité culturelle d'un accusé mais vérifie seulement la possibilité que l'accusé communique avec son avocat dans la langue du procès. Dans *Solski*³³, la Cour condamne le recours à des critères strictement numériques – calculer le nombre d'heures d'enseignement dans l'une ou l'autre langue – pour déterminer le droit d'accès à l'école anglaise. Il s'agit plutôt de mesurer le cheminement scolaire global de l'enfant, à l'aide de facteurs divers, démontrant un désir d'appartenir à la communauté minoritaire de la province et un lien subjectif avec celle-ci.

Lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu des droits concrets, la même approche très ouverte est suivie. « Chacun » a le droit d'employer l'une ou l'autre langue devant le tribunal, y compris les juges et les avocats de l'État. Dans *Société des Acadiens*³⁴, une majorité de la Cour a conclu que le justiciable pouvait parler sa langue devant le tribunal mais ne pouvait pas exiger de comparaître devant un juge qui

³² *R. c. Beaulac*, *op. cit.*

³³ *Solski c. Procureur général du Québec* [2005] 1 R.C.S. 201.

³⁴ *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549.

comprenne cette langue sans interprète. S'il est vrai qu'un juge et un procureur de la Couronne peuvent bien être des « francophones » ou des « anglophones » d'origine, ce sont quand même des officiers de l'État qui sont au service de la population. Il apparaît plus normal que leurs droits linguistiques individuels, formulés ainsi sous forme de liberté de choix, soient limités au nom des droits collectifs des communautés de langue officielle, puisque l'objet de ces droits est l'accès égal à la justice et le maintien et développement de ces communautés³⁵. Dans *Charlebois no 2*³⁶, la Cour suprême, par une mince majorité, s'est servie de la définition d'une « institution du gouvernement » dans la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick* de 2002 pour en exclure les municipalités aux fins de la langue employée en matière civile devant la Cour : les municipalités ne sont donc pas obligées par la loi d'employer la langue du justiciable et elles ont le choix d'employer une ou l'autre langue officielle. Les municipalités sont donc considérées comme « francophones » ou « anglophones » à leur choix. Une « institution gouvernementale » doit, elle, en vertu de ladite loi, employer la langue choisie par le justiciable ou les deux au besoin : une « institution de la législature ou du gouvernement » n'a donc pas le choix de son identité linguistique, ce qui est conforme au bon sens. Pourtant, dans *Charlebois no 1*³⁷, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a jugé que cette même expression dans le paragraphe 18(2) de la *Charte* inclut les municipalités et que celles-ci doivent adopter leurs arrêtés dans les deux langues, mais que la loi pourrait restreindre l'étendue de cette obligation. Effectivement, la loi a prévu que l'obligation incombera seulement aux huit cités de la province et aux municipalités dont la population compte plus de 20 % de personnes de l'autre langue officielle selon le dernier recensement³⁸ (d'où l'importance des questions linguistiques du recensement). Mais il reste que la même expression, employée dans le même

³⁵ *R. c. Beaulac*, *op. cit.* au paragraphe 24 de la décision.

³⁶ *Charlebois c. Saint-John (ville)* [2005] 3 R.C.S. 563.

³⁷ *Charlebois c. Moncton (ville)*, (2002) 242 RNB (2d) 259.

³⁸ *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick* (2002), L.R.N.B. c. o-0.5.

contexte d'obligations linguistiques, a reçu deux interprétations juridiques différentes de sa définition. Le fait que l'une soit dans une loi et l'autre dans la *Charte* a pu expliquer cette divergence. La constitutionnalité de la loi à ce titre n'a d'ailleurs pas été soulevée.

Alors qu'on a décidé de définir largement un « francophone » ou un « anglophone » aux fins de nos lois linguistiques, on a choisi de restreindre l'étendue et la portée de la définition des « institutions du gouvernement » qui ont des obligations correspondantes. Si, pour être ou demeurer « francophone », des conditions socioculturelles doivent être mises en place, comme le montre la sociolinguistique, la psychologie sociale et les théories de l'éducation, celles-ci ne peuvent pas s'instaurer quand les institutions visées par les obligations linguistiques ne sont pas assez nombreuses pour offrir ce contexte au sein duquel la francophonie hors-Québec pourrait se maintenir. Ainsi les lois doivent être adoptées dans les deux langues afin de permettre à quiconque le souhaite d'en prendre connaissance dans l'une ou l'autre, ce qui sera au bénéfice des francophones minoritaires, leur assurant un accès égal à la législation tel que défini dans le *Renvoi* du Manitoba de 1985³⁹. Le public (encore un terme qui devra être défini par la jurisprudence : qui est « le public » par rapport aux institutions du gouvernement?) a droit à des services gouvernementaux dans la langue de son choix, dans certaines circonstances.

L'identité linguistique de chacun et chacune est donc pour la Cour une affaire personnelle. Elle dépend de choix individuels. Pourtant, elle dépend aussi de la collectivité, qui exprime sa culture et son histoire au moyen de sa langue, une réalité aussi prise en compte par la Cour. Or, la doctrine et la jurisprudence internationales, comme on l'a vu, font appel à des concepts objectifs autant que subjectifs pour définir une minorité même s'il s'agit encore de droits individuels. Ce qui manque à l'approche législative canadienne généralement suivie, c'est cette existence de conditions objectives. En matière scolaire, par exemple, une « école de la minorité »

³⁹ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba* [1985] 1 R.C.S. 721.

est, selon l'expression de la Cour d'appel de l'Ontario dans son *Renvoi* de 1984⁴⁰, une école qui « appartient objectivement » à la minorité d'où la nécessité d'un droit de gestion de cette école par la minorité elle-même. De plus, malgré cette position claire en faveur de la liberté de choix d'appartenance à l'une des deux communautés linguistiques, la Cour suprême du Canada ne manque pas, dans plusieurs des arrêts précités, de mentionner que ces choix présupposent une communauté, c'est-à-dire que les droits reconnus le sont au profit des communautés dont cette langue est un marqueur identitaire fort. Les arrêts *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba* (1985), *Ford* (1988), *Mahe* (1990), *Arsenault-Cameron* (2000) sont éloquentes sur ce point. La sociolinguistique et la psychologie sociale nous apprennent aussi que les choix linguistiques des individus, donc éventuellement leur représentation d'eux-mêmes en tant que membres de communautés, sont conditionnés par moult facteurs maintenant mieux connus, qui contraignent cette prétendue liberté identitaire par des déterminants sociaux. Selon la sociolinguistique, la langue la plus forte a toujours tendance à l'emporter dans un contexte de liberté absolue, ce qui nécessite l'intervention du droit pour compenser la faiblesse politique.

C'est comme si le droit présume l'existence des communautés et leur pérennité, offrant ensuite à chacun un contexte dans lequel il pourra choisir d'utiliser la langue de son choix. Si les langues sont traitées également, c'est parce que les communautés sont également dignes de protection. L'erreur d'un régime linguistique personnaliste est de considérer que les choix linguistiques se font sur une base d'égalité totale entre les deux langues. Ce n'est jamais le cas. Par contre, la solution ne réside peut-être pas dans l'imposition de définitions rigides de qui est « francophone » de manière à exclure des personnes qui veulent s'intégrer à la communauté et dont les motifs pour ce faire sont légitimes. La solution réside peut-être plutôt dans les définitions des institutions auxquelles vont échoir les obligations juridiques en matière linguistique : plus il y aura d'institutions linguistiquement

⁴⁰ *Reference re : Minority language education rights (Ontario)* (1984), 10 DLR (4d) 491.

homogènes, plus les choix en faveur de la langue minoritaire seront facilités par le sentiment que ces institutions « appartiennent » à la communauté.

En fait, il n'y a vraiment que dans le dossier scolaire que le droit tente une définition qui pourrait potentiellement restreindre l'appartenance à la communauté, puisqu'une telle définition aurait pour effet de limiter l'accès à l'école de la minorité. Les trois critères de l'article 23 de la *Charte* sont connus : le droit d'accès à l'école de la minorité est dévolu aux citoyens canadiens, 1) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de leur minorité provinciale, 2) qui ont reçu leur instruction primaire au Canada dans cette langue, 3) dont un enfant a reçu ou reçoit cette instruction primaire dans cette langue. Ils ne sont cependant pas exclusifs : une province ou un conseil scolaire minoritaire peuvent les élargir ainsi qu'en a jugé la Cour d'appel du Québec dans *N'Guyen*⁴¹. Les provinces ne peuvent cependant pas les restreindre, comme l'a décidé la Cour suprême du Canada dans *Quebec Association*. Les droits scolaires trouvent application seulement dans un contexte où la langue française ou anglaise est minoritaire sur le territoire d'une province, et non selon les régions, ce qui rend l'application de ce critère très facile à vérifier. Le constituant présume que puisque la majorité linguistique contrôle les leviers de l'État provincial duquel relève l'éducation, elle n'a pas besoin de droits : elle dispose du pouvoir.

Représentations législatives

Outre le fait que la jurisprudence consacre à maintes reprises l'objet collectif de droits linguistiques formulés en termes individuels, on retrouve parfois des notions de collectivité dans les lois linguistiques. Il existe deux grands « modèles » de lois linguistiques : le modèle dit de l'« aménagement » en vertu duquel seules les langues sont visées, seules des obligations sont conférées à des institutions, seules les circonstances de l'emploi permis ou interdit des langues est prévu (*language planning*); et le modèle dit des « droits » (*rights-based*) en vertu duquel des droits sont conférés soit aux locuteurs soit aux

⁴¹ *N'Guyen c. Procureur général du Québec*, 2007 QCCA 1111.

langues elles-mêmes. On peut dire que le Québec utilise surtout le modèle de l'aménagement tandis que le reste du Canada utilise principalement le modèle des droits. Dans le modèle des droits, la définition est indispensable : le législateur ou le constituant doivent préciser à qui ces droits sont conférés.

La *Loi sur l'égalité des communautés linguistiques au Nouveau-Brunswick*⁴² et l'article 16.1 de la *Charte* parlent, sans les définir non plus, de « communauté linguistique francophone et anglophone ». Le choix de ces termes a escamoté un difficile débat sur la question de savoir qui est un Acadien ou une Acadienne⁴³. La vision « ethnique » réserve le terme à ceux et celles qui descendent des déportés de 1755; pour d'autres, quiconque vit en Acadie, épouse ses causes et ses valeurs peut revendiquer le titre d'Acadien et d'Acadienne. S'il existe une Nation acadienne, celle-ci n'a pas de reconnaissance officielle. La loi 88 sur laquelle se fonde l'article 16.1 de la *Charte* évite elle aussi soigneusement tout recours à une quelconque identité acadienne. Cela n'est pas anodin. À notre avis, on a sciemment voulu, dans les sphères gouvernementales, éviter cet appel à l'acadianité, à la fois pour ne pas enfoncer l'Acadie dans un débat de société déchirant et pour ne pas ethniciser la notion, ce qui aurait eu pour effet de la rendre inacceptable à plusieurs membres de la majorité. Celle de « communauté linguistique » a le mérite d'être neutre et inclusive. Elle a le désavantage d'éloigner la construction de l'identité juridique de son substrat culturel et historique, obligeant les juristes à utiliser les preuves sociolinguistiques qui démontrent que les préoccupations de langue ne sont jamais dissociables de celles de la culture. L'identité qui en découle est uniquement fondée sur la langue et vaut tant que ce lien langue-culture reste valide. N'aurait-il pas été possible de proposer une définition ouverte de l'Acadie, une définition à mi-chemin entre la définition civique, citoyenne, et la définition ethnique? Le Québec n'est pas à l'abri de ce débat, se questionnant, au début du 21^e siècle, sur le sens de l'identité

⁴² L.R.N.B. c. O-0.1.

⁴³ Sur cette question, en général, voir Joseph Yvon Thériault, *L'identité à l'épreuve de la modernité*, Moncton, Éditions d'Acadie, 1995.

québécoise et sur ce « nous » collectif tiraillé entre le courant moderne et ouvert, qui inclut le plus grand nombre possible, et le courant culturel et historique qui fait référence aux « Québécois de souche ».

La notion de minorité linguistique ressurgit dans le préambule de la *Loi sur les langues officielles du Canada*⁴⁴ ainsi que dans son article 2 au titre des objets de la loi (l'article 2 est utilisé comme clause d'interprétation des autres parties), la partie VII qui impose au gouvernement fédéral l'obligation d'en assurer le maintien et l'épanouissement, dans la partie IV de ladite loi quand il s'agit de fixer les critères pour déterminer une « demande importante » pour des services dans la langue officielle. S'agissant de la Partie IV, le concept de « minorité » est appréhendé sur la base de critères numériques uniquement : quand la population de langue officielle minoritaire atteint un certain pourcentage de la population desservie par un bureau fédéral dans une subdivision de recensement (en général, 5 % mais il y a des exceptions), l'obligation linguistique est mise en œuvre⁴⁵. L'insuffisance de ce critère a été soulignée par le juge Blanchard dans *Donnie Doucet*⁴⁶ et par le Commissariat aux langues officielles dans son étude de la réforme du règlement. Dans la Partie VII de la *Loi sur les langues officielles du Canada*, aucun critère n'est établi ni aucune définition proposée.

Le préambule de la nouvelle *Loi sur les services en français de la Nouvelle-Écosse*⁴⁷ n'a pas les mêmes scrupules que celle du Nouveau-Brunswick, il fait explicitement référence à la « collectivité acadienne et francophone », reconnaissant son apport historique et sa contribution présente. L'ancienne loi scolaire employait aussi le vocable « écoles acadiennes » pour désigner les établissements d'enseignement bilingues de l'époque. La nouvelle loi emploie, à l'article 3, l'expression « Conseil scolaire acadien provincial » et ailleurs,

⁴⁴ *Loi sur les langues officielles du Canada* L.C. 1988 c. 31.

⁴⁵ Règlement sur la langue de communication et des services, DORS/92-48.

⁴⁶ *Doucet c. Canada* [2005] 1 R.C.F. 671.

⁴⁷ *Loi sur les services en français de la Nouvelle-Écosse*, S.N.S. 2004 c. 26.

« Conseil acadien⁴⁸ ». À l'Île-du-Prince-Édouard, l'expression « communauté acadienne et francophone » a aussi été préférée à « communauté linguistique francophone » dans le préambule de la *Loi sur les services en français*⁴⁹, qui aidera à son interprétation. La *Loi sur les services en français de l'Ontario*⁵⁰ a préféré l'expression plus neutre de « population francophone », mais ce préambule a aidé la Cour à interpréter la loi généreusement dans *Lalonde*⁵¹. La *Loi sur l'éducation de la Saskatchewan* emploie les expressions « école fransaskoise » et « Conseil scolaire fransaskois⁵² », et cela n'a pas empêché la communauté de se doter d'une approche inclusive à l'identité fransaskoise⁵³. Il est remarquable de constater que ce sont les juridictions les plus petites qui ont eu recours à des expressions plus marquées au plan identitaire que « communauté linguistique » dans certaines lois. Cela vient-il du fait que le débat identitaire y est moins prononcé, ou que ce débat ne pose pas autant de « menace » à l'intégrité du tissu social global de ces provinces? Il n'en demeure pas moins que ce recours à des expressions plus marquées n'a pas eu pour conséquence de conduire la jurisprudence ou la communauté à des solutions de repli et de réflexe de fermeture. La construction de l'identité juridique dans ces provinces semble aller de pair avec celle de la communauté. De plus, puisqu'aucune définition n'est proposée dans la loi, aucune conséquence négative ne peut être tirée de ce recours. L'interprétation que subiront ces lois montrera la justesse de cette audace et pourra contribuer à un renforcement de l'identité et des droits collectifs, tandis que la tendance des lois en Ontario, au Québec, et même au fédéral et dans la *Charte*, risque de conduire à une définition où, au lieu d'une communauté

⁴⁸ *Loi sur l'Éducation du Nouveau-Brunswick*, S.N.S. 1996 c. 1.

⁴⁹ *French Language Services Act*, S.P.E.I 1999 c. 13.

⁵⁰ L.R.O. c. F.32.

⁵¹ *Lalonde c. Commission de restructuration*, (2002) 56 RJO (3d) 481.

⁵² *Loi sur l'Éducation de la Saskatchewan*, S.S. 2001 c. 13.

⁵³ Commission sur l'inclusion dans la Communauté fransaskoise (2006), *De la minorité à la citoyenneté*, rapport final présenté à l'Assemblée communautaire fransaskoise, http://institutfrancais.uregina.ca/index.php/general/list/menu_id/137 (consulté le 6 février 2009).

à l'identité forte et vibrante, on aura une collection d'individus qui parlent l'une ou l'autre langue. Il faudra donc encore bien des efforts de juristes pour intégrer, à titre d'éléments de preuve dans les procès impliquant ces lois, les études et les définitions en usage dans les sciences sociales.

Conclusion

Si nous n'avons pas de définition juridique de « minorité » ou de « francophone » au Canada, notre droit linguistique repose néanmoins sur quelques postulats de base :

- aux fins de ce que nous appellerons le « bilinguisme officiel », chaque personne est libre de s'identifier comme francophone ou anglophone; par contre, les institutions sont définies de manière plus stricte; enfin, quand il est fait référence à une notion de « minorité », seuls des critères numériques sont utilisés;
- aux fins de l'éducation, la définition constitutionnelle des ayants-droit ne correspond pas à la réalité sociolinguistique du pays; cependant, le droit n'empêche pas les instances décisionnelles de poursuivre une politique d'inclusion ou d'exclusion des immigrants à la communauté minoritaire; le Canada est en porte-à-faux avec le droit international, pour qui la seule minorité linguistique, au Canada, est la minorité francophone.

Le champ demeure donc ouvert pour une détermination du genre de francophonie que le Canada veut développer. Cependant, n'oublions pas qu'en remettant aux francophones eux-mêmes la responsabilité de leur identité, le droit ne fait pas grand cas des tendances démographiques lourdes. Cette liberté du choix d'appartenance, si elle est précieuse dans une démocratie libérale et valorisée comme telle, fait fi des forces et des rapports de pouvoir que les sociolinguistes ne manquent pas de mettre en lumière. La sécurité linguistique ne sera pas atteinte dans un environnement où seule la liberté individuelle, avec tous les coûts personnels qu'elle entraîne, serait le gage de la pérennité de la communauté. Une autre question bien plus épineuse se pose : dans quelle mesure cette représentation individuelle et libérale de l'identité linguistique

façonne-t-elle la représentation que s'en font les acteurs? On connaît l'impact symbolique qu'a eu la *Charte de la langue française du Québec* sur l'affirmation nationale de cette société. Elle a certainement contribué à forger l'identité québécoise autour de la langue française, une de ses caractéristiques majeures, maintenant acceptée même par les anglophones. Dans les années 1970 et 1980, ceux-ci revendiquaient des droits individuels (comme le montre l'affaire *Ford*⁵⁴) mais doivent, selon nous, apprendre à reconstruire leur discours sur le fondement de droits collectifs. La *Loi sur l'égalité des communautés linguistiques au Nouveau-Brunswick*⁵⁵ a, elle aussi, eu un impact psychologique et social important : les Acadiennes et les Acadiens de cette province ne se reconnaissent plus comme minorité, mais comme partenaires égaux dans son développement. Cette loi n'a cependant pas encore débordé le cadre social pour investir le champ politique.

Le droit n'est donc pas immunisé des débats autour des définitions et des identités. En droit autochtone, à titre de comparaison, la définition d'« Indiens, Métis et Inuits » de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* a pour effet de réserver les droits autochtones à certaines personnes, à l'exclusion des autres, et les critères pour faire la preuve de ces droits sont sévères comme le montre l'arrêt *Powley*⁵⁶. Par exemple, la Cour exige une preuve positive d'une identité collective métisse en ces termes : « Une communauté métisse peut être définie comme étant un groupe de Métis ayant une identité collective distinctive, vivant ensemble dans la même région et partageant un mode de vie commun ». On se rappellera aussi que les femmes autochtones qui mariaient des non autochtones étaient exclues de leur bande. Le Comité des droits de l'homme a jugé cette pratique contraire à l'article 27 du Pacte international des droits civils et politiques garantissant aux minorités nationales ou ethniques (incluant les autochtones selon le Comité) le droit de participer, en commun avec les autres membres du groupe, à des activi-

⁵⁴ *Ford c. Procureur général du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712.

⁵⁵ *Op. cit.*

⁵⁶ *R. c. Powley* [2003] 2 R.C.S. 207.

tés propres à leur culture⁵⁷. Et lorsque les conseils de bandes refusaient la réintégration de ces femmes dans la réserve, exerçant ainsi une forme d'autodétermination, ils ont été obligés par les tribunaux de le faire.

Les droits linguistiques sont tiraillés entre la dimension individuelle et libérale, de libre choix, et la dimension collective, culturelle et historique, et ce sont les tribunaux qui sont chargés de réaliser l'équilibre. Il leur reste encore beaucoup de travail à faire. Mais dans les couches identitaires multiples qui façonnent la vie des individus et des peuples, l'identité francophone comporte elle aussi sa dimension juridique et celle-ci contribue à l'autodéfinition sociale de la communauté.

⁵⁷ *Lovelace c. Canada*, Communication R.6-24, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40), 166 (1981).