

LE CARRÉ REDEVENU CERCLE ? FÉDÉRALISME, DROITS LINGUISTIQUES ET ÉGALITÉ DANS L'INTERPRÉTATION DE LA CONSTITUTION CANADIENNE



par Pierre Foucher
Université de Moncton
fouchep@umoncton.ca



PRÉSENTÉ AU COLLOQUE
*Le fédéralisme, le Québec et
les minorités francophones du Canada*

Université d'Ottawa
Ottawa (Ontario) Canada
9 au 11 mars 2006

Version préliminaire / Ne pas citer



Les droits linguistiques constitutionnels ont ceci de particulier, au Canada, qu'ils ont la fâcheuse réputation de ne créer que la symétrie nuisible à l'adéquation des droits des minorités francophones avec la nécessité exprimée par le Québec de maîtriser pleinement son régime linguistique et de privilégier une politique linguistique territorialiste. L'opposition ne fut jamais aussi criante que lors des épisodes entourant les accords du Lac Meech, particulièrement la définition d'une obligation fédérale de protéger et promouvoir la dualité linguistique, obligation récusée par le Québec et la plupart de ses constitutionnalistes tandis qu'elle était réclamée à grands cris par les constitutionnalistes francophones hors-Québec. Le présent texte explore les manifestations politiques de ce débat et tente de montrer que les tribunaux ont réussi, par le recours à des techniques d'interprétation modernes, à éviter l'écueil de l'égalité formelle.

D'entrée de jeu, l'égalité en droit est un concept mal compris par plusieurs, qui n'y voient que l'expression d'une règle implacable et mathématique selon laquelle ce qui est égal doit être traité de la même manière. Il existe en droit deux conceptions fort différentes de l'égalité. À cette égalité formelle, que l'on retrouve présente en droit administratif et qui a des racines anciennes et des limites réelles, est opposée une conception de l'égalité réelle qui tient compte des différences de situations et accepte de traiter différemment ce qui est différent dans le but d'amener la personne ou le groupe en position d'inégalité et de discrimination au même niveau que les personnes ou groupes dominants.

Dans un premier temps, ce texte explore les enjeux constitutionnels des droits linguistiques depuis le début des années 1980, pour dans un second temps scruter la jurisprudence de la Cour suprême du Canada et y déceler les éléments qui injectent une bonne dose d'asymétrie dans le système juridique et désamorce donc l'accusation selon laquelle la Cour suprême du Canada n'est qu'un agent de centralisation fédérale.

Évolution du débat public constitutionnel dans ses aspects juridiques

La période 1980-1990

Au cours des années 1980, le débat constitutionnel qui faisait rage au Canada s'était structuré au tour du paradigme de l'opposition entre l'égalité et l'asymétrie. Cette opposition se manifestait avec virulence dans tous les thèmes abordés par les protagonistes du débat lors des discussions ayant entouré l'accord du Lac Meech, que ce soit le partage des compétences, la valeur constitutionnelle des ententes fédérales-provinciales, le contrôle du pouvoir de dépenser, la réforme du Sénat ou la nomination des juges à la Cour suprême du Canada. Au cœur de cette opposition se trouvait la célèbre « clause de société distincte » par laquelle la Constitution canadienne aurait reconnu formellement qu'elle devait s'interpréter et s'appliquer de manière à reconnaître que le Québec forme au sein du Canada une société distincte et que son gouvernement a le mandat de protéger et promouvoir celle-ciⁱ. La dualité linguistique canadienne était quant à elle reconnue dans une forme plus diluée : on se souviendra que la toute première version, celle qui avait été signée au Lac Meech, reconnaissait un « Canada français » et un « Canada anglais » tandis que l'entente Langevin et les textes juridiques issus des négociations subséquentes avaient changé ce vocable pour « Canadiens d'expression française » et « Canadiens d'expression anglaise ». En second lieu, les « Canadiens d'expression française » étaient concentrés au Québec et présents hors du Québec. En troisième lieu, ce qui inquiétait au plus haut point les communautés francophones de l'extérieur du Québec, c'était le rôle dévolu aux seuls législateurs (plutôt qu'aux gouvernements) de protéger seulement cette dualité. Cette gradation entre la protection et la promotion, entre le mandat législatif et le mandat gouvernemental, avait pour objectif de reconnaître une asymétrie entre le Québec francophone et les Francophones hors-Québec. L'inquiétude des minorités francophones tenait au contexte juridique dans lequel elles se trouvaient à l'époque. En effet, la Cour suprême du Canada venait de rendre les arrêts *Société des Acadiens*ⁱⁱ et *Macdonald*ⁱⁱⁱ dans lesquels elle tirait du fait que les droits linguistiques sont des « compromis politiques », l'étrange conséquence juridique selon laquelle ils devaient s'interpréter restrictivement. La clause de dualité linguistique telle que libellée dans la version finale de l'accord risquait même de consacrer cette interprétation négative, dont le souci sous-jacent était sans contredit la nécessité perçue par la Cour de tenir compte de la réalité québécoise. En effet, ces deux arrêts impliquaient le même droit linguistique, soit celui de parler le français ou l'anglais devant les tribunaux. La Cour, appliquant une symétrie parfaite, estimait que ces droits devaient s'interpréter de la même manière, qu'ils fussent insérés dans la Charte ou dans l'antique constitution de 1867. Or la réalité linguistique et constitutionnelle québécoise commande un élargissement maximal des compétences de l'Assemblée nationale et du gouvernement

québécois en matière de langue et culture et un rôle fort limité pour les droits linguistiques de la *Charte*, conçus pour protéger les individus et non les collectivités. Les minorités francophones, dont le pouvoir politique à l'extérieur du Nouveau-Brunswick n'est pas grand (même s'ils disposent d'une influence certaine), cherchaient au contraire une protection juridique bonifiée afin de faire contrepoids à cette difficulté de reconnaissance politique.

L'opposition ainsi construite entre les intérêts constitutionnels du Québec et ceux des Francophones hors-Québec conduisait à un constat d'immenses difficultés de réconciliation de ces intérêts dans un texte constitutionnel^{iv}, à tel point qu'on aurait pu penser qu'il s'agissait de la quadrature du cercle. Qui plus est, elle faisait reposer le contraste entre ces deux intérêts divergents sur une conceptualisation où le fédéralisme en tant que théorie juridique de l'aménagement du pouvoir dans l'État s'opposait fondamentalement aux droits en tant que limites au pouvoir de l'État^v. En effet, l'analyse du concept juridique de fédéralisme montrait que l'idée sous-jacente à cette structure consiste à remettre à des entités gouvernementales une souveraineté limitée par un partage constitutionnel des compétences, permettant, selon la façon dont ces compétences sont réparties, d'accommoder les différences régionales et les besoins spéciaux. Il est reconnu que le fédéralisme constitue une réponse intéressante aux situations des états multinationaux où les groupes réunis au sein du même état sont territorialement concentrés et peuvent ainsi exercer la souveraineté étatique^{vi}. Le fédéralisme permet l'état multinational et rompt le monopole intellectuel prégnant de l'État-nation (si la nation conserve toujours sa pertinence, qu'elle bénéficie de son propre état n'est plus une nécessité^{vii}). Toutefois, les droits constitutionnels (qu'ils soient linguistiques ou autres), ont pour objet d'imposer des limites à la souveraineté de l'état au nom de valeurs jugées plus importantes et dont l'arbitrage est confié aux tribunaux. Comme l'affirme le philosophe Charles Taylor dans *Grandeur et misère de la modernité*^{viii}, un droit est un droit ou il n'est rien. Dans ce contexte, le droit à l'égalité sans discrimination, érigé en droit constitutionnel, s'est transposé dans le droit de chaque province à être traitée également par le gouvernement fédéral et à disposer des mêmes pouvoirs. L'égalité des individus s'est étendue à l'égalité des provinces. Ce phénomène n'est d'ailleurs pas unique au Canada. L'égalité des individus s'est aussi étendue à l'égalité des groupes, ce qui entraîne une dilution de la dualité linguistique canadienne entendue comme la reconnaissance des peuples fondateurs, au profit d'une conception multiculturelle de l'État dans laquelle l'égalité linguistique actuelle perd l'un de ses fondements essentiels et doit chercher de nouvelles sources de justification.

Bref, au nom de l'égalité, la symétrie des droits était de mise. Les mêmes droits appliqués de la même manière devaient bénéficier également à tous, ainsi que le veut la théorie de l'égalité.

La période post 1990 : nouvelle compréhension des droits linguistiques et du fédéralisme

L'échec de l'Accord du Lac Meech a entraîné des conséquences politiques fort sérieuses dont les germes se trouvaient déjà dans les débats constitutionnels des années

1970. Mais il aura eu le mérite de faire évoluer profondément la réflexion sur le concept d'égalité.

L'une des premières manifestations constitutionnelles formelles de cette évolution, en matière de droits collectifs, a consisté dans l'adoption de l'article 16.1 de la *Charte*, à l'insistance acharnée des Acadiens du Nouveau-Brunswick^{ix}. L'article 16.1 représente un compromis entre l'octroi à l'Acadie du statut de province et l'octroi aux Acadiennes et Acadiens, individuellement, de droits linguistiques personnels. Il reconnaît des « communautés linguistiques » et leur droit à des « institutions distinctes » notamment dans le domaine éducatif et culturel. Ce droit à des institutions, dont l'Assemblée législative et le gouvernement du Nouveau-Brunswick doivent faire la promotion., ne va pas jusqu'aux institutions étatiques qui font qu'une province est une province, mais l'usage du mot « notamment » permet de plaider que toute institution dont la vocation est d'assurer le maintien et le développement de la communauté acadienne reçoit une protection sous l'égide de l'article 16.1 – ce qui inclut les municipalités, dont la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a reconnu que les arrêtés devaient être adoptés dans les deux langues en vertu de l'article 18 de la *Charte* interprété à la lumière de l'article 16.1^x. Voici déjà un élément d'asymétrie, puisque la même chose ne peut pas être dite des arrêtés municipaux du Québec qui, eux, sont régis par l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*^{xi}.

Dans un domaine connexe, la déconfessionnalisation des institutions de gestion de l'éducation - les conseils ou commissions scolaires – a nécessité des modifications bilatérales à la constitution canadienne^{xii} qui ont entraîné une asymétrie entre la situation des catholiques et protestants du Québec et Terre-Neuve, et ceux de l'Ontario, de la Saskatchewan, de l'Alberta et des territoires du nord. Ceux-ci sont aussi traités différemment de leurs co-religionnaires dans les autres provinces - sans compter les droits scolaires de tous ceux qui ne sont ni catholiques ni protestants, faisant ainsi en sorte que les droits scolaires des minorités religieuses sont asymétriques^{xiii}.

L'asymétrie peut aussi se manifester dans l'application de la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* du Canada, qui impose maintenant une obligation au gouvernement fédéral et aux institutions fédérales de favoriser le maintien et le développement de l'égalité des communautés linguistiques, dans le respect du partage des compétences constitutionnelles^{xiv}. Les ententes fédérales-provinciales ou les ententes Canada-Communautés relatives au soutien financier du réseau associatif francophone hors-Québec et Anglo-québécois permet donc d'adapter les plans et projets à chaque réalité, quoique les associations elles-mêmes constatent encore une propension à l'uniformité et à l'égalité formelle qui contrecarre cet objectif.

En ce qui concerne l'expression politique de l'asymétrie constitutionnelle, même si elle ne va pas assez loin au goût de plusieurs analystes québécois, elle commence à se manifester dans le développement de la mise en œuvre des garanties constitutionnelles elles-mêmes, voire de leur élaboration. Les droits linguistiques constitutionnels s'adaptent donc aux réalités provinciales. Mais auparavant, il convient aussi de scruter l'autre volet de ce dyptique, soit la jurisprudence constitutionnelle en matière de droits linguistiques.

Évolution des droits linguistiques constitutionnels dans leur analyse jurisprudentielle

L'asymétrie dans le fédéralisme

À priori, le fédéralisme canadien n'est pas tellement asymétrique. Chaque province dispose des mêmes champs de compétence ; le fait qu'elles les exercent selon leur propre intérêt ne rend pas notre fédération asymétrique. En matière linguistique autant qu'en matière culturelle, la compétence est partagée entre le Parlement et les législatures^{xv}. Chacun peut régir le statut des langues en tant qu'accessoire d'une compétence principale (le commerce, la fonction publique, les entreprises, les procédures criminelles ou civiles, les institutions quasi-publiques...). Chacun peut aborder la culture, qui n'est pas une matière mais un agrégat vaste et informe, à partir d'aspects qui le concerne (radio et télécommunication, éducation, diffusion du produit culturel, propriété intellectuelle, statut de l'artiste professionnel, subventions...). Cet état de fait n'est pas une asymétrie, dans le sens où chaque province dispose du même champs de compétence que ses voisines. Cela présente une difficulté quand la province en question néglige d'exercer sa compétence ou l'exerce de manière à réduire, ignorer ou désavantager sa communauté francophone par le développement de programmes neutres à leur face même mais inadaptés à sa situation.

Cependant, la jurisprudence confirme que le Parlement et le gouvernement du Canada, eux, ne sont pas tenus à une stricte norme d'égalité formelle dans l'exercice des compétences fédérales. À la suite du Comité judiciaire du Conseil privé, la Cour suprême du Canada, après avoir fermé complètement la porte aux transferts de compétence de consentement entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales^{xvi}, accepta que le Parlement canadien adapte sa législation aux législations provinciales et délègue à des agences provinciales des responsabilités fédérales^{xvii}. L'idée selon laquelle le Parlement canadien peut confier des tâches fédérales à des officiers provinciaux entraîne une question intéressante et difficile à répondre lorsqu'on analyse les conséquences d'un tel transfert sur les droits linguistiques : l'officier provincial ainsi mandaté par la loi fédérale (ou par le gouverneur en conseil sur délégation de la législation fédérale) est-il assujéti au régime linguistique provincial ou au régime linguistique fédéral ? S'il est assujéti au régime linguistique provincial, dans l'état actuel du droit, les obligations linguistiques sont asymétriques : la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*^{xviii} couvre tout le territoire de la province^{xix} tandis que la loi fédérale limite le droit à des services publics aux régions à demande importante ou selon la vocation du bureau^{xx}. En Ontario c'est la même chose : seules les régions désignées sont assujétiées aux obligations découlant de la Loi 8, la *Loi sur les services en français*^{xxi}. Ailleurs, les droits varient grandement d'une province à une autre. L'officier provincial exerce pourtant, dans un tel cas de figure, une responsabilité fédérale et exécute des obligations fédérales. Sous l'égide de la Partie IV de la *Loi sur les langues officielles du Canada* régissant les services au public, la cour fédérale du Canada a reconnu qu'une telle perte de droits résultant de la dévolution de responsabilités fédérales à des agences provinciales plaçait le gouvernement canadien en violation de ses obligations législatives^{xxii}. La Cour fédérale confirme que la GRC est assujétiée aux droits linguistiques provinciaux lorsqu'elle signe un contrat avec le

Nouveau-Brunswick, sans toutefois perdre son statut d'institution fédérale^{xxiii}. Il y a donc un enjeu linguistique important à la dévolution de la mise en œuvre des lois fédérales à des agences provinciales. L'affaire *Paulin* pose carrément le problème de l'application des droits en fonction de circonstances démographiques ou géographiques intra-provinciales : un automobiliste gagne ou perd des droits linguistiques en fonction du tronçon de route sur lequel il se trouve. Il ne s'agit pas d'un problème de *symétrie* ou d'*asymétrie* en ce qu'un seul ordre normatif est en cause ; il s'agit plutôt de savoir lequel a préséance, de l'ordre normatif fédéral ou provincial.

La jurisprudence reconnaît aussi que les droits à l'égalité de la *Charte* n'empêchent pas le Parlement d'inscrire dans ses lois une mise en œuvre différenciée par province^{xxiv}. L'affaire *Haig* a confirmé que le Parlement peut tenir un référendum dans une seule ou quelques provinces seulement et n'est pas obligé de le tenir dans tout le pays^{xxv}. Cette option offre une voie intéressante au Parlement et au gouvernement fédéral, lui permettant d'ajuster ses interventions en fonction de la situation réelle des communautés linguistiques dans les différentes provinces. Pour cela, il s'agit que le Québec soit ouvert à la reconnaissance de droits à des services pour sa communauté anglophone et n'insiste pas pour une application rigoureuse de la Loi 101 qui à bien des égards va moins loin que la *Loi sur les langues officielles du Canada* en ce qui a trait aux services gouvernementaux au public, une attitude que la Saskatchewan ou l'Alberta peuvent aussi adopter lorsqu'elles concluent des ententes fédérales-provinciales dans des secteurs qui, à priori, ne touchent pas directement les langues officielles ou l'éducation. Le gouvernement canadien et ses institutions s'acquittent de leurs obligations en vertu des Parties IV et VII de la *Loi sur les langues officielles du Canada* en insérant dans les ententes fédérales-provinciales de dévolution de la gestion de programmes fédéraux des clauses contractuelles en matière de services dans les deux langues officielles. Ce mécanisme des ententes fédérales-provinciales et la mise en œuvre des clauses linguistiques qu'on y retrouve devront bien un jour être analysées non plus en fonction du seul droit privé des contrats mais aussi en fonction du droit constitutionnel en matière linguistique. En effet, le citoyen dispose-t-il de recours effectifs quand le gouvernement canadien ou l'institution fédérale en cause ne fait rien pour faire respecter une clause linguistique dans une entente de dévolution avec le résultat que les citoyens sont privés d'un service gouvernemental dans leur langue ? La multiplication des guichets gouvernementaux uniques et de l'harmonisation des programmes fédéraux et provinciaux dans plusieurs domaines de compétence concurrente ou résultant de l'exercice par le gouvernement fédéral de son pouvoir de dépenser, rend impérieuse une réflexion approfondie sur l'efficacité juridique des ententes fédérales-provinciales et de l'inclusion de clauses linguistiques. Dans *Finlay*, la Cour suprême du Canada estime qu'il n'y a eu aucune preuve d'une violation de l'entente fédérale-provinciale sur l'assistance sociale, ni par le Manitoba ni par le gouvernement fédéral, compte tenu du libellé de l'entente et de son contexte. Cependant, la Cour semble implicitement considérer que si la preuve en avait été faite, une violation du régime aurait pu conduire à un remède judiciaire^{xxvi}. Il en va de même dans *Re Canada Assistance Plan*^{xxvii}.

S'agissant de l'exécution du mandat des grandes institutions culturelles fédérales, la question se présente différemment. Quand ces institutions fonctionnent sur une base

linguistiquement dualiste, l'octroi des subventions et le développement des programmes d'aide doivent tenir compte de la réalité francophone hors-Québec et les représentants québécois au sein de ces institutions doivent être conscients de leurs obligations à cet égard. Quand les institutions sont bilingues, le problème se trouve démultiplié en ce que la répartition des ressources et l'accomplissement du mandat se doublent d'une préoccupation à l'endroit du fait français en lui-même. Un mécanisme comme celui de la Partie VII de la *LLO*, appliqué avec discernement, rappellera à ces institutions que leurs obligations concernent aussi la dualité linguistique.

L'asymétrie dans le partage des compétences en matière linguistique et culturelle ne m'apparaît pas une voie d'avenir pour le Canada, non plus que sa dévolution entière aux provinces ou au Québec. Il s'agit plutôt ici de penser la dualité en fonction de la vocation nationale du fait français au Canada, quitte à aménager la représentation québécoise au sein de ces institutions fédérales. Si le fédéralisme québécois n'en réussit pas à accommoder la présence francophone hors-Québec, il ne vaut pas mieux que la voie souverainiste dans la défense du fait français au Canada. L'asymétrie dans la mise en œuvre des compétences fédérales, combinée à la dualité linguistique, apparaît plus prometteuse et le droit contient déjà des mécanismes permettant une reconnaissance tant de la réalité québécoise que des besoins des communautés francophones en situation minoritaire. Après tout, il ne faut pas non plus demander au droit de tout faire et laisser de l'espace pour l'expression de la démocratie autant que des principes éthiques de la nouvelle gouvernance de la fonction publique et des mouvements associatifs.

D'autre part, une compétence législative ou administrative n'est que cela et tout cela : une compétence, soit un potentiel, une capacité d'action. Elle n'offre aucune garantie de progrès, si elle n'est pas orientée par certaines obligations législatives ou constitutionnelles. Certaines de ces obligations limitent l'action gouvernementale en matière linguistique en empêchant les législateurs de porter atteinte à des droits, voire même en leur imposant des obligations de faire, d'agir en vue de la promotion de ces droits. Ces obligations, insérées dans un texte constitutionnel à vocation nationale, sont maintenant interprétées en fonction de leur contexte social et non plus en fonction d'un nivellement par le bas en raison de leur uniformité apparente.

Asymétrie dans l'interprétation judiciaire des droits linguistiques

Nous assistons depuis le début du millénaire à une tendance jurisprudentielle qui témoigne d'une meilleure appréciation de la nature d'un droit constitutionnel. Par l'utilisation de méthodes d'interprétation modernes et téléologiques, la Cour suprême du Canada a été en mesure de rompre la dichotomie égalité - asymétrie sans sacrifier les droits des minorités sur l'autel du fédéralisme.

La première « génération » d'arrêts portant sur les droits linguistiques insistait beaucoup sur l'uniformité et l'égalité formelle des droits. C'est ainsi que la Cour au complet déclare que l'article 23 de la *Charte* vise à imposer un « remède uniforme » aux défauts perçus dans les régimes scolaires du Canada^{xxviii}. Le juge Dickson mentionne

que l'obligation de traduire les lois manitobaines témoigne du droit qu'ont tous les manitobains à l'accès aux lois dans les deux langues^{xxxix}. Le juge LaForest, dans *Mercure*^{xxx}, à la suite du juge Beetz pour la majorité dans *Société des Acadiens*^{xxxi} et *MacDonald*^{xxxii}, indique que les droits linguistiques s'interprètent selon le même contenu, qu'ils soient dans la *Charte* ou dans la constitution de 1867 ou même dans une loi linguistique comme l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest* de 1877. En cela, le juge en chef Dickson et la juge Wilson se démarquaient déjà en reconnaissant que le contexte du Nouveau-Brunswick ainsi que la *Charte* en tant que document constitutionnel moderne et plus expansif pouvaient conduire à des interprétations différentes de droits semblables.

Le virage s'amorce dans *Mahe*^{xxxiii} alors que le juge Dickson revient à l'idée d'une interprétation des droits linguistiques fondée sur leur objet et sur une analyse historique et contextuelle de l'adoption de ces droits. En 1993, le juge Lamer mentionne explicitement qu'il se peut bien que les droits linguistiques s'appliquent de façon différente d'une province à l'autre, en fonction du contexte propre à chacune^{xxxiv}. On pourrait alors craindre que cette approche fondée sur le contexte, éloignée de l'idée d'égalité de tous les droits linguistiques, créerait deux classes de francophones minoritaires au Canada, les nantis et les autres. Or il n'en fut rien puisque la Cour précise dans *Beaulac*^{xxxv} que le contexte est essentiel pour comprendre l'objet de ces droits. Ainsi une minorité numériquement faible et politiquement démunie comme la communauté francophone de Colombie-Britannique se voit reconnaître le droit à un procès criminel en français pour toute personne qui, subjectivement, entretient un lien avec cette communauté. Cette idée transparaît aussi dans *Arsenault-Cameron*^{xxxvi} alors que la dimension locale et communautaire joue un rôle fondamental dans l'application concrète de l'article 23 de la *Charte* aux Acadiens et francophones de Summerside. Dans *Charlebois*^{xxxvii}, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick joue cette carte à fonds, s'appuyant sur les paragraphes 16(2) et 16.1 de la *Charte*, spécifiques au Nouveau-Brunswick, pour donner à l'article 18 de la *Charte* une interprétation totalement différente au Nouveau-Brunswick de celle qui fut retenue pour le Québec et le Manitoba autour de la même question, celle de la langue des arrêtés municipaux. Dans *Solski*^{xxxviii}, la Cour suprême du Canada développe l'idée d'une interprétation contextuelle de l'article 23 de la *Charte* lorsqu'elle interprète la *Loi 101* de façon compatible avec l'article 23 et prend soin de dire que l'application de l'article 23 pourrait s'avérer toute autre dans le contexte des minorités francophones.

Enfin, la Cour, par une mince majorité, avalise une interprétation de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick* en vertu de laquelle le terme « institutions » reçoit un sens différent de celui qu'il pouvait avoir en vertu de l'article 18 de la *Charte*, la juge Charron allant même jusqu'à dire que le sens du terme « institution de la législature et du gouvernement » pourrait varier en fonction des dispositions analysées de la *Charte*^{xxxix}, ce qui nous apparaît incorrect et éloigné du concept d'asymétrie interprétative. En effet, il serait contraire à un principe d'interprétation connu selon lequel le législateur entend donner la même signification à un terme dans une même loi, que de prétendre que l'expression « institutions de la législature et du gouvernement » telle qu'elle est utilisée aux articles 16 à 20 de la *Charte* prend un sens différent selon que l'obligation vise l'égalité linguistique, la langue des lois, la langue des tribunaux ou

la langue des services de ces institutions. Mais ceci n'est pas un débat sur l'asymétrie des droits.

On peut donc constater une certaine ouverture de la Cour envers l'interprétation asymétrique dans la mise en œuvre des droits linguistiques. Cette asymétrie ne joue pas au détriment des minorités francophones puisque les minorités plus faibles peuvent profiter de droits dont la mise en œuvre est plus rigoureuse et exige plus d'efforts que celles qui disposent d'une influence politique plus grande.

Les minorités francophones craignaient un choc entre l'accroissement des compétences provinciales en matière linguistique au détriment des droits eux-mêmes, ou la création de classes de francophones alors que les communautés les plus puissantes pourraient obtenir des tribunaux des droits plus considérables. Cela ne fut pas le cas. La Cour a réussi là où les politiciens avaient échoué pendant les débats entourant l'Accord du Lac Meech, à trouver un point d'équilibre entre les compétences provinciales sur la langue et le respect des droits constitutionnels des minorités. Elle l'a fait en ayant recours au concept d'interprétation par l'objet, qui lui permet de contextualiser les droits, et à celui d'égalité réelle, qui signifie que l'État doit prendre des mesures positives pour aider les communautés en situation d'inégalité à progresser.

Conclusion

La guerre de Troie n'a pas eue lieu. Alors que plusieurs au Québec décriaient (et continuent souvent à le faire) les droits linguistiques de la *Charte* comme créant des brèches inacceptables dans la *Loi 101*, ou menaçaient la spécificité québécoise par une uniformisation trop intense provoquée par l'application aveugle de droits universels et identiques, une étude serrée de la jurisprudence montre que la Cour est maintenant attentive au contexte historique et social de chaque province et de chaque minorité et peut entendre et recevoir des arguments en ce sens. Les gains obtenus dans *Lalonde*^{xl}, qui a servi si bien la communauté Franco-ontarienne, ont profité aux autres communautés francophones. Les cours travaillent à partir des droits qui existent; elles s'assurent que les droits qui existent sont appliqués de manière égale. Ni la Cour ni les communautés linguistiques n'ont présentement le contrôle du nombre et du contenu des droits qui sont formellement reconnus et plusieurs avancées de ces communautés ne dépendent pas du droit formel, mais du droit réel, de l'esprit de la constitution, des moteurs profonds que sont la dualité canadienne et le fédéralisme. Si le débat politique aura dressé l'une contre l'autre les communautés francophones hors Québec et la communauté francophone du Québec, le débat judiciaire aura permis de trouver un accommodement qui, sans donner entière satisfaction aux deux parties, représente quand même une solution permettant de continuer l'expérience canadienne sans que la question des droits linguistiques ne devienne un obstacle dirimant. Le droit a réussi à développer des outils conceptuels et des processus aptes à réconcilier ce que l'on croyait contradictoire, soit la vocation universalisante des droits constitutionnels et la flexibilité des compétences fédérales. Le carré est redevenu un cercle.

Il reste cependant à développer des outils qui vont permettre aux minorités francophones d'obliger le gouvernement fédéral à s'acquitter véritablement de son rôle

de promotion de la dualité linguistique canadienne, en particulier dans les secteurs de compétence provinciale pour les provinces toujours récalcitrantes. Le concept de réciprocité proposé par le Québec à la fin des années 1970 a été remplacé par celui de l'adaptation régionale de politiques nationales qui réussit cependant mieux à sortir le Canada du binôme destructeur du « nous/eux ». Dans le même sens, il est grand temps de réfléchir plus sérieusement au fait que le concept même de minorité est sujet à caution. Le concept opérant de la *Charte* et de la dualité canadienne, c'est celui de l'égalité linguistique. Le Québec ne se perçoit certainement pas comme une minorité, bien que ce soit sa situation démographique au sein de l'ensemble canadien. De plus en plus l'Acadie du Nouveau-Brunswick ne se perçoit plus comme une minorité mais comme un partenaire égal du contrat social de cette province. Le concept juridique d'égalité, répétons-le, ne signifie pas le traitement identique sans égard à la situation sociale réelle ; il représente une aspiration à faire plus et mieux pour garantir le redressement des inégalités. La participation des communautés francophones et acadiennes aux institutions culturelles nationales et leur droit à un partage équitable des ressources publiques reste à travailler, autant que la garantie de leur représentation formelle au sein des institutions politiques canadiennes. Enfin, l'idée de doter la francophonie canadienne de ses propres institutions de gouvernance existe maintenant et est passée dans la pratique canadienne, mais ne trouve pas encore son expression juridique formelle en dehors du modèle contractuel ; il s'agit là d'un nouveau chantier juridique à explorer. Le risque d'un retour de l'égalité formelle dans l'interprétation des droits linguistiques existe toujours tant que nous n'aurons pas non plus modernisé notre arsenal de droits linguistiques dont la source vient en grande partie de la conception qu'on s'en faisait au 19^e siècle et qui faisait la part belle au bilinguisme personnel. En attendant une improbable réforme constitutionnelle en ce sens, certains outils législatifs et les droits constitutionnels que nous avons déjà offrent des outils puissants à mettre à contribution.

ⁱ Accord du Lac Meech, cité dans Brun et Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc.

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

ⁱⁱⁱ *MacDonald c. Ville de Montréal* [1986] 1 R.C.S. 460

^{iv} Woehrling, José, *La Constitution canadienne et l'évolution des rapports entre le Québec et le Canada anglais, de 1867 à nos jours*, Edmonton, Centre d'études constitutionnelles, série Points de vue no. 4, 1992.

^v Foucher, Pierre, *Fédéralisme et droits fondamentaux : Tension ou complémentarité*, dans Lafontant, Jean, éditeur, *L'État et les minorités*, Saint-Boniface, Presses Universitaires Saint-Boniface et Éditions du Blé, 272

^{vi} Levrat, Nicolas, éditeur, *Minorités et organisation de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 1996.

^{vii} Ryan, Claude, *Dualité et diversité sont-elles conciliables?* (2005), 13-14 *Constitutional Forum constitutionnel*, p. 4-11

^{viii} Taylor, Charles, *Grandeur et misère de la modernité*, Montréal, Bellarmin, 1992

^{ix} Doucet, Michel, *Le discours confisqué*, Moncton, Éditions d'Acadie, 1995

^x *Charlebois c. Moncton* [2001] NBCA 117

^{xi} Ils ne sont pas assujettis aux exigences du bilinguisme législatif en raison du contexte historique de l'adoption de l'article 133 : *Procureur général du Québec c. Blaikie (no 2)* [1981] 1 R.C.S. 312

^{xiii} L'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne s'applique pas au Québec : article 93.1 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ajouté par la *Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)*. Voir TR/97-1417

^{xiii} *Adler c. Ontario* [1996] 3 R.C.S. 609

-
- xiv *Loi sur les langues officielles du Canada* L.R.C. 1985 c. O-1, article 41, tel que modifié par L.C. 2005 c. 41 art. 1.
- xv *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182
- xvi *Procureur general de Nouvelle-Écosse c. Procureur général du Canada* [1951] 1 R.C.S. 31
- xvii *R c. Furtney* [1991] 3 R.C.S. 89
- xviii *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick* L.R.N.B. c. O-0.5
- xix Conformément au paragraphe 20(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*
- xx Conformément au paragraphe 20(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*
- xxi *Loi sur les services en français*, L.R.O. 1991 c. F-32
- xxii *Canada (Commissaire aux Langues Officielles) c. Canada (Ministère de la Justice)* [2001] ACF 431, 2001 CFPI 239
- xxiii *Paulin c. Sa Majesté la Reine* [2005] CF 1172.
- xxiv *R c Sheldon S* [1990] 2 R.C.S. 254
- xxv *Haig c. Canada* [1993] 2 R.C.S. 995
- xxvi *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)* [1993] 1 R.C.S. 1080
- xxvii *Re : Canada Assistance Plan* [1991] 2 R.C.S. 525
- xxviii *Quebec Association of Protestant School Boards c. Procureur général du Québec* [1984] 2 R.C.S. 66
- xxix *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba* [1985] 1 R.C.S. 721
- xxx *R c Mercure* [1988] 1 R.C.S. 234
- xxxi *Supra* note 2
- xxxii *Supra* note 3
- xxxiii *Mahe c. Alberta* [1990] 1 R.C.S. 342
- xxxiv *Renvoi : Loi sur les écoles publiques (Manitoba)* [1993] 1 R.C.S. 839
- xxxv *R. c. Beaulac* [1999] 1 R.C.S. 768
- xxxvi *Arsenault-Cameron c. Ile-du-Prince-Édouard* [2000] 1 R.C.S. 3
- xxxvii *Charlebois c. Moncton (Ville)* [2001] NBCA 117
- xxxviii *Solski c. Québec* [2005] 1 R.C.S. 201
- xxxix *Charlebois c. Saint-John* [2005] 3 R.C.S. 563 au paragraphe 15
- xl *Lalonde c. Commission de restructuration* [2002] 56 RJO (3d) 481-576